PACTO FEDERATIVO

ORGANIZADORES:

CELSO DE BARROS CORREIA NETO
ANA CAROLINA F. LONGO

Organização

Celso de Barros Correia Neto

Ana Carolina Figueiró Longo

PACTO FEDERATIVO

1ª edição

Autores:

Artur Cardoso Carvalho Santana
Beatriz Rolim Cartaxo
Clay Souza e Teles
Cyro Alexander de Azevedo Martiniano
Daniela Silva Fontoura de Barcellos
Florence Haret
Guilherme Adolfo Mendes
João Trindade Cavalcante Filho
José Guimarães Mendes Neto
Manuela Ithamar Lima
Manuela Ithamar Lima
Maria Raquel Firmino Ramos
Prudêncio Hilário Serra Neto
Rafael Nascimento Lima de Freitas
Thiago Guerreiro Bastos
Ygor Felipe Távora da Silva

IDP

Brasília

2015

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

CORREIA NETO, Celso de Barros; LONGO, Ana Carolina Figueiró

Pacto Federativo/ Organizador Celso de Barros Correia Neto, Ana Carolina Figueiró Longo; Autores: Artur Cardoso Carvalho Santana, Beatriz Rolim Cartaxo.Clay Souza e Teles,Cyro Alexander de Azevedo Martiniano, Daniela Silva Fontoura de Barcellos, Florence Haret, Guilherme Adolfo Mendes, João Trindade Cavalcante Filho, José Guimarães Mendes Neto, Manuela Ithamar Lima, Manuela Ithamar Lima, Maria Raquel Firmino Ramos, Prudêncio Hilário Serra Neto, Rafael Nascimento Lima de Freitas, Thiago Guerreiro Bastos, Ygor Felipe Távora da Silva. – Brasília: IDP, 2015.

314 p.

ISBN 978-85-65604-81-9

1. Federalismo. 2. Direito Constitucional 3. Pacto Federativo.

CDD 341.2

SUMÁRIO

DIREITO ECONÔMICO E FEDERALISMO: OS IMPACTOS DA RENOVAÇÃO DAS CONCESSÕES DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NAS RECEITAS MUNICIPAIS

Artur Cardoso Carvalho Santana

INTRODUÇÃO

Dentre os muitos temas caros ao estudo do direito constitucional no Brasil, o federalismo é aquele que despertou as mais fortes paixões políticas ao longo da história nacional. Historicamente, a conformação do Estado brasileiro é marcada por uma constante disputa por poder econômico-político entre as diferentes esferas de poder – União, Estados e Municípios.

Tradicionalmente, o federalismo sempre recebeu especial atenção por parte dos estudiosos do direito constitucional e do direito tributário. No entanto, modificações no papel do Estado, resultantes da superação de um modelo liberal, impuseram uma nova perspectiva sobre o tema. A crescente intervenção do Estado no domínio econômico resultou em uma concentração de poder nas mãos do governo central, vez que este, por meio de normas jurídicas, é o principal ator na definição das políticas econômicas do país.

Atualmente, o desenvolvimento de novas disciplinas jurídicas, em especial o direito econômico, torna necessária uma abordagem crítica e atualizada das relações de poder dentro do Estado Federal brasileiro. É justamente em face de tais transformações que, no presente trabalho, abordaremos as relações entre federalismo e direito econômico, especificamente naquilo que diz respeito aos impactos causados nas finanças municipais após as reformas operadas no setor elétrico com o advento da Medida Provisória n.º 579/2012.

A LEI N.º 12.783/2013 E AS RENOVAÇÕES DAS CONCESSÕES DE ENERGIA ELÉTRICA

O setor elétrico sempre foi tido como um dos grandes pilares do desenvolvimento econômico, principalmente no que diz respeito à atividade industrial brasileira. Independentemente de se tratar de indústria, comércio, agropecuária ou de simples prestação de serviços, a energia elétrica afigura-se como um elemento indispensável na cadeia de produção dos mais variados setores da economia. Por outro lado, a questão energética sempre se insere em uma seara político-social, não necessariamente vinculada à produção de riquezas, podendo-se mencionar, por exemplo, o custo político resultante do aumento das tarifas pagas pelo consumidor final.

É justamente nesse cenário marcado pelo custo político inerente ao preço da energia elétrica que surgiram instrumentos criados com a finalidade de desonerar o consumidor. Assim, em 11 de setembro de 2012, foi editada a Medida Provisória n.º 579, posteriormente convertida na Lei n.º 12.783/2013, visando à redução no custo da energia elétrica no Brasil para o consumidor final.

Esperava-se, com a implementação das disposições legais, bem como em face às medidas tomadas com base no Decreto 7.805, de 14 de setembro do mesmo ano, a redução da tarifa de energia em torno de 20% para os consumidores. Dentre as medidas concretizadas com o intuito de possibilitar o desconto pretendido, destacam-se [1]:

(a) A desoneração de alguns dos encargos setoriais;

(b) A antecipação da prorrogação das concessões de geração, transmissão e distribuição anteriores à Lei n. 8.987, de 1995, que venceriam a partir de 2015; e

(c) O aporte de R$ 3,3 bilhões anuais pela União à Conta de Desenvolvimento Energético (CDE)

Tendo em conta os objetivos do presente trabalho analisaremos apenas os aspectos relativos à antecipação da prorrogação das concessões de geração de energia elétrica. Isso se deve ao fato de que a desoneração dos encargos setoriais e

---

[1] COSTELLINI, Clara; HOLLANDA, Lavinia. **Setor Elétrico: da MP 579 ao pacote financeiro. Informativo de Energia.** FGV- Energia. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13852/setor_eletrico.pdf?sequence=1. Acesso em: 25/09/2015.

o aporte de recursos pela União à Conta de Desenvolvimento Energético dizem mais respeito ao campo do direito regulatório, o que não é o intuito deste trabalho, e impactam diretamente o domínio financeiro da União.

Dentre outras determinações, a Lei n.º 12.783/2013 institui a possibilidade de antecipação da prorrogação das concessões como uma forma de assegurar a continuidade e a eficiência da prestação do serviço público, bem como ressalta a promoção da modicidade tarifária.[2] Tais prorrogações abarcam tanto as concessões de geração de energia elétrica quanto aquelas relativas à transmissão e distribuição desta.

No entanto, não é a simples prorrogação das concessões que permite uma redução no preço da tarifa. Tendo em vista que a maioria das concessões em questão já estavam perto de sua data limite, conclui-se que grande parte dos ativos das concessionárias já se encontravam amortizados. Ou seja, os vultuosos investimentos realizados pelas prestadoras quando do início de suas operações, como, por exemplo, a instalação das turbinas de uma hidrelétrica, foram recuperados durante o prazo de vigência da concessão.

Um dos fundamentos para a longa extensão temporal dos contratos de concessão é justamente a possibilidade de se remunerar o particular pelos investimentos feitos, os quais não podem ser amortizados a curto prazo sem que se descumpram os imperativos impostos pela modicidade tarifária. Assim, logicamente, como forma de amortizar os dispêndios iniciais do concessionário, o poder concedente desenvolveu uma estrutura tarifária que permitisse tanto a assunção de lucro quanto a amortização dos investimentos, possibilitando, assim, um equilíbrio entre estas duas diretrizes.

Logo, a renovação das concessões em vigor, muitas delas já tendo proporcionado a completa amortização dos investimentos realizados, permitiria a retirada da rubrica relativa à compensação por tais gastos do valor final da energia produzida. Permitia-se, ao menos em tese, a "*antecipação da captura do benefício*

[2] Art. 1º A partir de 12 de setembro de 2012, as concessões de geração de energia hidrelétrica alcançadas pelo art. 19 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até 30 (trinta) anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a modicidade tarifária.

da amortização dos investimentos em favor dos consumidores finais".[3] Em suma, considerando que a medida provisória em questão data do ano de 2012, possibilitou-se a antecipar as renovações em até cinco anos.[4] Assim, com a adesão ao novo regime, as concessionárias seriam remuneradas apenas com base nas atividades de operação e manutenção.

Na tentativa precipitada de gerar descontos na conta de energia elétrica do consumidor final, a União desconsiderou diversas consequências que resultariam de seus atos. Um dos reflexos indesejados das alterações em questão foi a completa desestabilização do setor elétrico brasileiro. De maneira mais detalhada, uma das causas dos desequilíbrios causados foi a imposição, às concessionárias que optassem pela renovação, de uma estrutura remuneratória fundada em tarifas calculadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

Por outro lado, de forma contrária às expectativas do governo, nem todas as concessionárias previstas aderiram ao novo plano, muitas das quais consideraram impraticáveis os preços fixados pelo poder concedente. Podemos citar, por exemplo, o caso da CEMIG, Cesp, Celesc e Copel, que não aderiram ao novo regramento.[5] Em compensação, todo o grupo Eletrobrás aderiu ao inédito programa de concessões. Contudo, a adesão parcial no âmbito das geradoras de energia impossibilitou o alcance dos objetivos inicialmente pretendidos pelo governo, ou seja, a redução de 20% na tarifa, fato que resultou no aporte de recursos da União em prol dos descontos planejados.[6]

---

[3] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria Operacional. TC-011.223/2014-6.

[4] Ver, nesse sentido, COSTELLINI, Clara; HOLLANDA, Lavinia. **Setor Elétrico: da MP 579 ao pacote financeiro. Informativo de Energia.** Conforme as autoras: *"Com relação à antecipação da renovação das concessões, a proposta possibilitava ao poder concedente antecipar a renovação das concessões de geração, transmissão e distribuição em até cinco anos. Em particular, a medida teria efeito imediato para as concessões vincendas até 2017 – que, na ocasião, representavam 34% da energia contratada"*

[5] GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. **A prorrogação das concessões do setor elétrico brasileiro – o caso CEMIG.** In.: VIVAN, Alexei Macorin; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (Org.). Direito e Energia. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 128.

[6] Em 2014, o Tribunal de Contas da União realizou uma análise detalhada, em sede de Auditoria Operacional, dos desequilíbrios setoriais causados pela MP n.º 579/2012. Nos termos do relatório da mencionada auditoria, consta o seguinte:

"93. Outra modalidade de exposição involuntária foi a descontratação em razão da não adesão ao processo de renovação das concessões.

Ademais, é possível levantar outro grande impacto resultante das medidas adotadas pelo poder central, precisamente os reflexos negativos nas finanças dos municípios sede de usinas geradoras de energia. Ao se antecipar a prorrogação das concessões de geração de energia elétrica, ocasionou-se uma mudança repentina no padrão tarifário e no preço de venda da produção de energia elétrica por parte das geradoras. Tal alteração imprevista, frise-se, resultou justamente da antecipação das renovações das concessões.

Um dos aspectos relevantes da questão diz respeito ao fato de a mudança na precificação da energia produzida ter ocorrido em virtude de um evento legislativo, ou seja, consequência da política econômica estatal, e não em virtude da livre dinâmica do mercado, resultando daí a tensão entre Direito Econômico e federalismo abordada neste trabalho.

Como dito anteriormente, a redução do preço de venda da energia causou um impacto direto nas finanças dos municípios sede de usinas hidrelétricas. Isto se deve ao fato de o repasse aos Municípios dos valores recebidos pelos Estados em virtude do recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicação (ICMS) ser calculado com base na geração de riqueza econômica dentro do território de cada município.

De forma mais detalhada temos o seguinte cenário normativo. O art. 158, IV, da Constituição Federal (CF) determina que pertencem aos Municípios vinte e

---

94. Ao que parece, apesar de instituir a antecipação da concessão como facultativa, o Governo não se preparou para a não adesão por parte das concessionárias. Se teve essa percepção, não agiu, ainda em 2012, a tempo de suprir a falta de contratação do montante de energia não inserida no processo.

95. Esse fato é da máxima importância para a presente auditoria, pois ocasionou a quebra do principal pilar do modelo estabelecido para o setor elétrico por meio da Lei nº 10.848/2004: que todos os agentes, livres e cativos, estejam 100% contratados. Cabe ao poder concedente, nos termos do art. 3º da Lei nº 10.848/2004, homologar a quantidade de energia elétrica a ser contratada para o atendimento de todas as necessidades do mercado nacional.

96. Somente a contratação integral de sua carga é que garantiria, às distribuidoras, que sua demanda fosse atendida a um preço conhecido, qual seja, o do contrato. Assim, não estariam dependentes dos preços de curto prazo, que é o PLD.

97. Desde janeiro de 2013, as distribuidoras estão mensalmente sofrendo o risco de insolvência, pois não têm como arcar com os custos elevados do PLD, já que a Aneel só permite repassar para a tarifa o custo total da compra de energia quando dos reajustes ou das revisões tarifárias. Dessa forma, as distribuidoras ficaram obrigadas a antecipar compras exorbitantes sem a contrapartida tarifária” (*Auditoria Operacional. TC-011.223/2014-6*).

cinco por cento do produto do ICMS.[7] Esse percentual do produto que cabe aos Municípios forma um montante que será dividido entre cada municipalidade do Estado-membro em questão. Ao regulamentar a norma constitucional, a Lei Complementar n. 63, de 11 de janeiro de 1990 define os critérios para o cálculo do valor a ser entregue à cada Município individualmente.

De modo específico, é o art. 3º da referida lei complementar que define os parâmetros para a divisão em tela. Nos termos do mencionado dispositivo, cada município poderá receber 3/4 (três quartos), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios.[8] Ressalte-se que é permitido aos Estados, estabelecer, por meio de lei estadual, um critério diferenciado para a partilha no que diz respeito ao limite de até um quarto do montante referido no art. 158, IV, CF.

O valor adicionado consagra-se, então, como o principal fator no cálculo dos repasses recebidos por cada Município. Conforme as disposições legais, o valor adicionado corresponderá ao valor das mercadorias saídas, acrescidos do valor das

---

[7] Art. 158. Pertencem aos Municípios:
(...)
IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

[8] Art. 3º 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação serão creditados, pelos Estados, aos respectivos Municípios, conforme os seguintes critérios:

I - 3/4 (três quartos), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;
II - até 1/4 (um quarto), de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos territórios, lei federal.
§ 1º O valor adicionado corresponderá, para cada Município: I – ao valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil;
II – nas hipóteses de tributação simplificada a que se refere o parágrafo único do art. 146 da Constituição Federal, e, em outras situações, em que se dispensem os controles de entrada, considerar-se-á como valor adicionado o percentual de 32% (trinta e dois por cento) da receita bruta.
§ 2º Para efeito de cálculo do valor adicionado serão computadas:
I - as operações e prestações que constituam fato gerador do imposto, mesmo quando o pagamento for antecipado ou diferido, ou quando o crédito tributário for diferido, reduzido ou excluído em virtude de isenção ou outros benefícios, incentivos ou favores fiscais;
II - as operações imunes do imposto, conforme as alíneas a e b do inciso X do § 2º do art. 155, e a alínea d do inciso VI do art. 150, da Constituição Federal.

prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil, ressalvadas as hipóteses de tributação simplificada, as quais obedecerão ao disposto no inciso II do § 1º do art. 3º da lei em questão.

Não se trata aqui de um conceito tributário, vinculado à arrecadação de receita em si, mas sim de um conceito de direito financeiro, relacionado, pois, à divisão dos valores arrecadados. Como bem lembrado pelo Min. Marco Aurélio, quando do julgamento do RE 130.685-8-SP, deve-se ter em mente que o conceito de valor adicionado:

> (...) não é tributário, mas sim, financeiro, voltado à apuração da riqueza (e não da arrecadação) gerada nos territórios de cada município pela atividade produtiva de cada estabelecimento inscrito no cadastro de contribuintes do ICM, ainda que o estabelecimento, em virtude da peculiaridade de suas operações, não tenha recolhido qualquer centil a título de imposto, como, por exemplo, aquele cuja produção industrial esteja exclusivamente destinada ao exterior, de regra franqueada com não incidência, ou aquela que goze de isenção subjetiva.
>
> (STF, 2ª Turma, RE n° 130.685-8-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, votação unânime, DJ de 02/10/1992).

Percebe-se, então, a correlação entre a redução da tarifa de energia elétrica e as finanças municipais, mormente no que diz respeito aos reflexos gerados pela diminuição do valor adicionado. Uma vez sendo o valor adicionado calculado com base na riqueza produzida dentro do território de determinado município, o encolhimento do montante destinado ao ente municipal, em razão da partilha constitucional do produto do ICMS, será consequência direta da redução do preço pago pela energia elétrica produzida e do lucro auferido pela empresa concessionária.

Não estamos aqui a tratar de impactos insignificantes sobre as finanças dos Municípios, precisamente aqueles que sediam usinas hidrelétricas. A entrada em vigor da referida lei resultou em uma redução significativa dos valores recebidos pelas concessionárias. Segundo a Associação Nacional dos Municípios Sedes de Usinas Hidrelétricas (AMUSUH)[9], municípios de pequeno porte como Paulo Afonso –

[9] Segundo tabela anexa à justificativa do Projeto de Lei do Senado n.º 525, de 2015 – Complementar.

BA, com população de 108.396 habitantes[10], e Canindé de São Francisco – SE, com população de 24.686 habitantes[11], perderiam, respectivamente, R$ 12.671.373,98 e R$ 20.074.494,20 em receita resultante da divisão constitucional do produto do ICMS durante o período de apuração referente aos anos de 2014 e 2015.

A questão fundamental deste trabalho é justamente a capacidade que a União detém de atingir fortemente as finanças de determinadas municipalidades por meio de medidas relativas à política econômica nacional. Valendo-se de uma medida provisória, sendo esta posteriormente convertida em lei, o poder central, ao antecipar a renovação das concessões de energia elétrica, reduziu a geração de riqueza dos municípios sede de usinas geradoras de energia elétrica, sendo esta situação mais alarmante naqueles que sediam usinas hidrelétricas.

Em síntese, a repentina diminuição no valor de venda da energia elétrica gerou uma redução no montante do valor adicionado dos municípios, o que, por sua vez, causou forte impacto negativo nas receitas municipais, em grande parte dependentes das transferências obrigatórias estabelecidas na Constituição.

Assim sendo, percebe-se claramente que a Lei 12.783/2013 é mais um exemplo do total descaso de determinadas autoridades públicas para com os efeitos sistêmicos de seus atos, algo que, infelizmente, é lugar comum na atividade legislativa e na formulação de políticas públicas. É de grande importância ressaltar que, dentre os vários efeitos sistêmicos que uma política econômica mal elaborada pode causar, os desequilíbrios federativos estão entre os mais importantes, principalmente quando se tem em mente que um dos imperativos constitucionais da ordem econômica pátria é a redução das desigualdades regionais e sociais, conforme o disposto no art. 170, VII.

A TENSÃO ENTRE O IDEAL FEDERATIVO BRASILEIRO E O DIREITO ECONÔMICO

[10] Fonte: IBGE
[11] Fonte: IBGE

Diante dos impasses criados pela renovação das concessões em questão, faz-se necessária uma problematização do federalismo brasileiro em sua atual conformação. Em primeiro lugar, cumpre salientar que o federalismo sempre foi um dos temas mais sensíveis na história política nacional. Inclusive, nos termos do art. 60, § 4º, I, da Constituição Federal, a forma federativa de Estado integra o rol das cláusulas pétreas, tamanha sua relevância na configuração institucional do Estado brasileiro.

Ao se falar em federalismo é impossível não abordar o fenômeno da descentralização das competências e atribuições estatais. Muito embora esses dois conceitos – federalismo e descentralização – não se confundam entre si, é possível afirmar que ambos constituem uma resposta *"à necessidade de atender à multiplicidade de demandas territorialmente diferenciadas, ou seja, de enfrentar o desafio de articular o 'geral' com as 'particularidades' na gestão pública".*[12] Assim, todo o tratamento político-jurídico das relações federativas tem como pressuposto o balanceamento, em níveis constitucional e legal, entre os interesses locais, assim como as demandas regionais, e as necessidades maiores do ente formado pela junção dos Estados-membros.

Nesse sentido, a descentralização do poder político não implica, necessariamente, na conformação de um sistema federativo. Uma Federação pressupõe a não concentração do poder político-econômico com base no sufrágio universal, em contraposição ao que ocorre, por exemplo, na descentralização administrativa, onde a divisão de atribuições parte de uma delegação advinda do centro.[13] Logo, é inerente ao federalismo certo grau de descentralização, embora nem toda descentralização importe na criação de uma Federação, sendo possível a existência desta em Estados unitários.

Historicamente, percebe-se uma forte tendência brasileira pela centralização, podendo-se afirmar que esta seria uma característica marcante dos

---

[12] AFFONSO, Rui de Britto Álvares. **Descentralização e reforma do Estado: a Federação brasileira na encruzilhada.** Economia e Sociedade, Campinas, (14); 127-152, junho de 2000. Disponível em: http://www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=506&tp=a. Acesso em: 02/10/15.

[13] Ibidem.

regimes não democráticos que se desenvolveram ao longo de toda a história pátria, precisamente o Império, a Era Vargas e a ditadura militar posterior ao golpe de 1964. No entanto, não é correto afirmar que a centralização é fruto apenas das imposições de um regime monárquico ou ditatorial. Um federalismo débil e apenas formal, ainda que sob a égide de uma Constituição democrática, também se apresenta como um forte entrave à descentralização.

No fim do século XIX, com o fortalecimento das forças contrárias ao Império, o regime unitário até então dominante encontra seu fim. Com a queda do Imperador e a posterior criação da Primeira República, instalou-se no Brasil uma República Federativa sob a égide do Decreto n.º 1, de 15 de novembro de 1889. No entanto, apesar da criação do federalismo brasileiro por normas positivadas, tal forma de Estado não pôde desenvolver todo o potencial almejado pelos teóricos políticos.

O federalismo surge no Brasil de uma maneira extremamente mal estruturada, concretizando-se no cenário político de forma distorcida e resultando naquilo que ficaria conhecido como a "Política dos Governadores". Nesse contexto, o enfraquecimento do poder central não se deu como resultado de um fortalecimento dos Estados-membros em sua generalidade, mas sim como consequência do engrandecimento de um pequeno número de Estados que acabaram por dominar a política nacional. Esse federalismo deformado, frise-se, era reflexo da forte influência exercida pelas oligarquias locais, assim, a atuação conjunta de dois ou três Estados-membro ditava os rumos do país.[14]

Posteriormente, o descontentamento para com a "Política dos Governadores" descambou em uma revolução que viria a redefinir o sentido da autonomia conferida aos Estados. Durante o governo de Getúlio Vargas houve um fortalecimento das posições favoráveis à uma centralização do poder estatal. Numa tentativa de modernizar o Estado Brasileiro, Francisco Campos toma diversas medidas que viriam a fortalecer o poder central, destacando-se entre estas o ataque à autonomia dos Municípios e dos Estados-membros, autonomia a qual, segundo o

[14] SILVA, José Afonso. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional.** São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 292.

jurista de maior importância dentro do governo varguista, permitia a manutenção de um sistema no qual os interesses regionalistas prevaleciam sobre os interesses maiores do país.[15]

O fim da chamada "Era Vargas" poderia ter possibilitado a consolidação de um Estado Federal sem deformações relevantes. A hipertrofia do Poder Executivo no regime anterior levou o constituinte de 1946 a criar uma fórmula de distribuição igualitária de poderes, assegurando-se autonomia política, financeira e administrativa aos Municípios.[16] No entanto, menos de vinte anos após a queda do regime ditatorial de Vargas, estabelecia-se no Brasil uma nova ditadura, agora sob o comando dos militares, o que resultou na retomada do projeto centralizador vigente após a Revolução de 1930.

Os textos constitucionais de 1967 e 1969, sendo este fruto da Emenda Constitucional 1/1969, foram pródigos em estabelecer um federalismo apenas nominal. Formalmente, a Constituição de 1967 reconhecia o autogoverno e autonomia administrativa dos Estados-membro. No entanto, essa relativa independência dos Estados em relação ao poder central existia apenas no papel. Um bom exemplo disso foi a estruturação do Sistema Tributário Nacional de tal maneira que a distribuição das rendas tributárias poderia ser alterada a qualquer momento pela União, sendo isso um ponto marcante na caracterização dos Estados Unitários, *"onde os poderes impositivos das entidades menores podem ser diminuídos ou aumentados segundo o critério do poder nacional"*.[17]

A situação do federalismo brasileiro piorou significativamente após a Emenda Constitucional n.º 1/1969. Sob uma nova Constituição, aumentaram-se as competências da União, em sacrifício da autonomia político-administrativa dos Estados. Além do mais, extinguiram-se as eleições diretas para o governo estadual e ampliaram-se as hipóteses de intervenção do governo estadual nos Municípios.

---

[15] MEDEIROS, Jarbas. **Ideologia autoritária no Brasil: 1930 – 1945.** Editora: Fundação Getúlio Vargas, 1978, p. 12.

[16] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro.** 17. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 41.

[17] SILVA, ibidem, p. 290-291.

Durante grande parte da história política do Brasil é possível perceber uma centralização do poder político-econômico nas mãos dos Estados e da União, em franco detrimento das municipalidades. Não é por menos que Victor Nunes Leal faz o seguinte diagnóstico dessa tendência brasileira:

> A concentração do poder em nosso país, tanto na ordem nacional como na provincial ou estadual, processou-se através do enfraquecimento do município. Não existe a menor contradição nesse processo. É sabido que o poder central, na Monarquia, não mantendo relações com o município senão para o tutelar, assentava sua força política no mando incontrastável exercido pelos presidentes de província, delegados de sua imediata confiança. Consequentemente, o próprio poder central se consolidou através de um sistema de concentração do poder provincial, isto é, pelo amesquinhamento dos municípios. Não seria, pois, de estranhar que as províncias e, mais tarde, os Estados, quando procuram reunir forças para enfrentar o centro, continuassem a utilizar o mesmo processo. Aliás, a tutela do município tinha em seu favor o peso da tradição.[18]

Após a queda do regime militar e, consequentemente, com a redemocratização do país, o ordenamento jurídico brasileiro passa a encontrar seu fundamento de validade em um novo texto constitucional – a Constituição Federal de 1988. No que diz respeito ao federalismo, a nova Constituição, em seu art. 18, mantém a mesma organização político-administrativa do Estado, consagrando o atual modelo de República Federativa. Nos termos do citado dispositivo, tal federação compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos entre si.

Originariamente concebido como um sistema dualista, importado do ambiente político norte-americano caracterizado pela convivência entre Estados e União, o federalismo brasileiro sofre uma profunda mudança com o fortalecimento do Município enquanto entidade integrante da República Federal.

Atualmente, o Município é considerado pessoa jurídica de direito público interno, possuindo, portanto, personalidade jurídica própria. No campo político, sob a égide da Constituição de 1988, é dotado de autonomia político-administrativa, podendo instituir sua própria organização administrativa, bem como eleger seus

---

[18] LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o Município e o regime representativo no Brasil.** 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

representantes, no caso o chefe do Executivo e os membros do Legislativo local. Há de se notar, ainda, que o Município não possui Poder Judiciário próprio, ao contrário do que ocorre com as entidades federativas maiores – Estados e União.

A centralização operada pelas reformas da Era Vargas, principalmente após a Constituição de 1937, tem seus reflexos visíveis até os dias atuais. Como bem assentado por Victor Nunes Leal, o federalismo brasileiro se desenvolveu à custa do municipalismo, sendo este frequentemente amesquinhado frente aos entes federativos de maior porte. É justamente esse amesquinhamento da municipalidade que permite explicar e compreender os reflexos da edição da Medida Provisória n.º 579, bem como fundamentar uma crítica consistente aos atos em questão.

Compreender o sistema federativo brasileiro em seus atuais moldes exige uma análise detalhada das competências atribuídas aos diferentes entes da federação. Nesse passo, Gilberto Bercovici, ao tratar do federalismo cooperativo disposto na Constituição brasileira, faz uma diferenciação entre coordenação e cooperação.[19]

Em síntese, pode-se afirmar que a coordenação é materializada pelas competências concorrentes dispostas no art. 24 da Constituição Federal. Há, portanto, a atuação conjunta dos diversos entes federados, embora estes atuem de maneira escalonada e independente. Assim, enquanto a União é responsável pela emissão de diretrizes gerais, cabe aos entes menores adaptar tais diretrizes ao âmbito local, considerando-se as peculiaridades da administração regional.[20]

Por outro lado, a cooperação tem como marca a impossibilidade de atuação independente de qualquer ente federado. Tal repartição de competências

---

[19] BERCOVICI, Gilberto. **A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro.** Revista de Direito Sanitário, volume 3, número 1, março de 2002. DOI: http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v3i1p13-28.

[20] Nesse sentido, o art. 24 da Constituição Federal estabelece o seguinte:

(...)§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

encontra-se positivada no art. 23 da Constituição Federal, ou seja, a cooperação é reflexo do exercício das competências comuns entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O próprio parágrafo único do mencionado artigo elenca a Lei Complementar como o instrumento hábil para fixar normas para a cooperação entre os entes federados, em busca de um equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Além das competências comuns e concorrentes, o Poder Constituinte criou outros dois tipos de competência da União – a exclusiva e a privativa. Dentre as competências exclusivas da União podemos citar aquelas insertas no art. 21 da Constituição. Temos, em tal campo, a emissão de moeda, o exercício das relações com Estados estrangeiros, a manutenção e exploração dos serviços de telecomunicações, entre outros. Percebe-se, assim, que o constituinte concedeu exclusivamente ao poder central as competências relativas ao exercício da soberania no plano internacional, bem como questões econômicas de âmbito nacional.[21]

Posteriormente, no art. 22 da Constituição, encontram-se elencadas as competências privativas da União. De forma diferente ao que se dá em relação às competências exclusivas, é possível a transferência de tais competências ao Estados-membros por meio de lei complementar.[22] Exemplo notório desses poderes da União é a competência privativa para legislar sobre direito civil, comercial, processual, penal, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

Embora ao se falar em cooperação e coordenação exista uma tendência a não abordar a temática relativa às competências exclusivas e privativas, a necessidade de atuação conjunta e concertada dos diversos entes federados não deve se restringir somente ao exercício das competências concorrentes e das competências comuns entre estes. Noutras palavras, a necessidade de planejamento e coordenação não diz respeito somente ao processo de

---

[21] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 880.

[22] Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

descentralização do poder político-econômico por meio da fixação de atribuições constitucionais não privativas ou compartilhadas.

Muito pelo contrário, o exercício de competências privativas também deve se dar de maneira a considerar os interesses e as peculiaridades dos demais entes da federação. Por exemplo, ainda que determinada política esteja inserta no âmbito de atuação privativa, ou exclusiva, da União, as políticas econômicas nacionais devem tomar em consideração possíveis reflexos nas finanças dos Municípios.

Obviamente, não defendemos aqui o congelamento de determinada política nacional unicamente em razão de possíveis prejuízos serem causados a alguns municípios. Longe disso, o que aqui se defende é o aprimoramento dos instrumentos de interlocução entre as diferentes instâncias decisórias da Federação, bem como a tomada de medidas efetivas de mitigação dos impactos locais causados pela atuação do poder central. O verdadeiro equilíbrio federativo somente será alcançado quando os interesses dos entes menores forem realmente considerados quando da formulação de políticas de âmbito nacional, garantindo-se ao menos que tais entes possam apresentar o posicionamento de quem enxerga a situação sob outro ângulo.

É o que deveria ter ocorrido, por exemplo, quando das renovações das concessões do setor elétrico brasileiro operada pela MP 579/2012, convertida, posteriormente, na Lei 12.783/2013. Nos termos do art. 21, XII, "b", compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.

A exclusão dos municípios afetados pela instalação de usinas hidrelétricas da esfera de planejamento não significa que estes tenham sido esquecidos pelas normas que tratam da produção de energia elétrica. Aliás, o próprio texto constitucional garante aos entes federados uma compensação financeira, paga pelas concessionárias, pela exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, sendo esta gerenciada, arrecadada e distribuída

pela ANEEL.[23] Regulamentando a Constituição Federal, a Lei n.º 8.001, de 12 de março de 1990, modificada por diversas leis posteriores, destinou 45% dos recursos da compensação financeira aos Municípios atingidos pelos reservatórios das usinas hidrelétricas, garantindo, ainda, aos Estados outro montante de 45%

Contudo, a compensação acima somente atua no plano dos prejuízos causados pelos alagamentos dos reservatórios das usinas, não sendo capaz, pois, de se contrapor aos efeitos sistêmicos da reforma aqui abordada. Os efeitos nefastos da edição da MP 579/2012 nada mais são do que a consequência de uma política econômica, precisamente no que diz respeito ao setor elétrico, adotada às pressas e sem qualquer fundamentação técnica. A participação dos possíveis afetados, como, por exemplo, Municípios e atores privados do setor elétrico, resultaria em um enriquecimento do debate público em torno do tema, o que, possivelmente, blindaria a política adotada de possíveis reflexos indesejados e não previstos pelo poder central.

Interessante notar, ainda, que a vontade política por trás dos planos de redução do preço da energia elétrica foi tamanha que o poder concedente desrespeitou até mesmo os parâmetros jurídicos necessários para a renovação em questão. Muito embora a lei tenha permitido a renovação à critério do poder concedente, não se deve depreender daí uma ampla discricionariedade conferida ao Poder Público. Ainda que o diploma normativo tenha definido como requisitos para a renovação a observância de conceitos indeterminados, como, por exemplo, a continuidade e eficiência do serviço, bem como a modicidade tarifária, deve-se considerar o ordenamento jurídico em sua integralidade.

Qualquer texto jurídico deve ser interpretado de maneira sistemática. Assim sendo, a renovação à critério do poder concedente deve respeitar a necessária motivação dos atos administrativos e o interesse público. Tais exigências, no entanto, somente podem ser corretamente cumpridas com

---

[23] Art. 20 (...) § 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

fundamento em estudos técnicos realizados por profissionais qualificados, podendo-se considerar como marcada por desvio de finalidade "*a decisão adotada pelo poder concedente que deixe de avaliar adequadamente os efeitos previsíveis da modelagem adotada para uma certa concessão".* [24]

Nesse passo, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, requerendo, dentre outros pedidos, que a União, por meio do Ministério de Minas e Energia, realizasse e/ou divulgasse os estudos técnicos necessários para a prorrogação das concessões de energia elétrica, devendo tais diligências se realizarem antes do prazo final de vigência das concessões previstas para o ano de 2015. Ademais, o *parquet* requereu que o poder concedente fosse impedido de prorrogar automaticamente e por prazo indeterminado as concessões antes da observância dos requisitos exigidos pela Lei n.º 12.783/2013.[25]

Diante do exposto fica claro o total descaso das autoridades centrais para com os efeitos sistêmicos de uma reformulação parcial do setor elétrico brasileiro. A simples redução da riqueza gerada no território dos Municípios e, consequentemente, a diminuição dos montantes repassados a título de divisão do produto do ICMS não foram os únicos reflexos negativos das renovações para as municipalidades.

O fator temporal também foi um agravante no processo de desestabilização do equilíbrio financeiro dos governos locais. Por fator temporal entendemos a rápida e imprevisível alteração dos parâmetros remuneratórios das concessões. Grosso modo, tem-se um ato legislativo emanado do poder central alterando drasticamente os preços praticados no mercado. Em contraposição à sistemática criada pela Lei n.º 9.427/1996, a MP 579/2012 inaugurou um modelo de remuneração das concessionárias pautado na fixação de tarifas pelo poder concedente. Noutras palavras, o preço da energia vendida pelas concessionárias que aderiram ao novo regime é agora fixado pela ANEEL, contrariamente à livre precificação pelo mercado vigente no quadro normativo anterior.

---

[24] JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003. p. 197.

[25] BRASIL. Justiça Federal. Ação Civil Pública. Processo n.º 88411-48.2014.4.01.3400.

Aliás, as mudanças repentinas nas remunerações em questão foram um dos fundamentos que levaram à propositura do Projeto de Lei do Senado n.º 525, de 2015, no qual se estabelecem novos parâmetros para o cálculo do valor adicionado relativo à energia elétrica produzida por meios hídricos. Nesse sentido, esclarece a justificativa do referido projeto:

> Com a queda súbita e imprevisível do preço praticado pelas usinas hidrelétricas – devido a um evento legislativo, e não de mercado –, o valor adicionado nos Municípios que sediam as usinas vem sofrendo brutal redução, o que se reflete, inevitavelmente, na participação desses Municípios na receita de ICMS.[26]

Muito embora a Constituição tenha efetivamente positivado regras que permitiram certa autonomia político-financeira dos Municípios, principalmente em comparação aos regimes anteriores, ainda são patentes as distorções e desequilíbrios no sistema federativo pátrio. Temos, por exemplo, uma forte dependência financeira da maior parte dos Municípios brasileiros em relação às transferências constitucionais, sejam estas facultativas ou obrigatórias.

Em estudo realizado com o intuito de analisar o grau de dependência dos repasses estaduais e federais do Município de Canela – RS, representante da situação vivida por grande parte dos governos locais, demonstrou-se:

> (...) a dependência do Município, com relação às transferências dos recursos oriundos das esferas federal e estadual. As ações de governo e a prestação de serviços públicos à população do Município têm como principal fonte de financiamento as transferências intergovernamentais. Assim, a origem essencial de ingressos de recursos aos cofres do Município não advém do esforço tributário da arrecadação própria.[27]

Poucos são os Municípios que podem sustentar suas atividades cotidianas apenas com os recursos oriundos das receitas tributárias municipais. Municípios como São Paulo, que gozam de uma imensa receita resultante da arrecadação do Imposto Predial e Territorial Urbano, são a exceção no território brasileiro. O Fundo de Participação dos Municípios (FPM), no final das contas,

---

[26] BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n.º 525, de 2015 – Complementar.

[27] SCUR, Rosane Boelter. NETO, Orion Augusto Platt. **Diagnóstico da dependência dos repasses federais e estaduais no município de Canela – RS.** In.: Revista Catarinense da Ciência Contábil – CRCSC – Florianópolis, v. 10, n. 29, p. 53-68, abr./jul. 2011. DOI: http://dx.doi.org/10.16930/2237-7662/rccc.v10n29p53-68.

revela-se como uma das principais fontes de receita da maioria das prefeituras brasileiras. Em Estados como Tocantins e Roraima o FPM representava mais de 40% das receitas municipais no ano de 2007.[28]

A repartição de receitas tributárias afigura-se como uma tentativa de atenuar a assimetria federativa relativa à criação de tributos próprios, mormente em face da forte concentração tributária nas mãos da União. No entanto, somente será possível falar em independência financeira, um dos pressupostos da autonomia político administrativa dos entes federados, quando existir um real equilíbrio entre as competências tributárias da União, dos Estados e dos Municípios. Isso se deve, principalmente, em razão do fato de que a entrega pontual *"das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência impositiva de outras entidades políticas, às vezes, depende até mesmo de critérios políticos".*[29] Não é rara, por exemplo, a existência de atrasos na efetiva transferência dos recursos.

Além do FPM, os repasses oriundos da divisão constitucional da arrecadação do ICMS são a outra grande fonte de custeio das atividades municipais, mormente no que diz respeito aos Municípios de pequeno e médio porte. É natural que variações no mercado, como, por exemplo, fortes crises econômicas internacionais, resultem em efeitos sistêmicos negativos em todos os níveis da Federação. No entanto, deve-se ter mais cuidado quando os prejuízos são causados por um ato estatal de intervenção no domínio econômico.

Após o fim da Primeira Guerra Mundial, o direito econômico surge como um dos aspectos da superação do paradigma liberal de Estado, passando a economia do pós-guerra a ser marcada por uma minuciosa regulamentação jurídica.[30] Noutras palavras, a política econômica do Estado passa a ser claramente direcionada por normas jurídicas, conjunto normativo o qual é justamente o objeto de

---

[28] CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. **A Crise Econômica e as Finanças Municipais: Uma projeção do FPM para 2009.** Brasília, 2009. Disponível em: http://portal.cnm.org.br/sites/9000/9070/Estudos/Financas/Acriseeconomicaeasfinancasmunicipais-umaprojecaodoFPM.pdf. Acesso em: 01/10/15.

[29] HARADA, Kiyoshi. **Repartição de receitas tributárias.** In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. Nascimento, Carlos Valder do. Tratado de Direito Financeiro. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

[30] COMPARATO, Fábio Konder. **O indispensável direito econômico.** Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.456-458.

estudo do direito econômico. Ademais, é interessante perceber que a sedimentação do intervencionismo estatal veio acompanhada de um fortalecimento do poder central. Nesse sentido, José Afonso da Silva é claro ao afirmar que:

> É fato verificado universalmente que as novas tarefas do Estado no campo da regulamentação da vida econômico-social impõem um fortalecimento do poder central, quer no plano horizontal (técnica da divisão funcional dos Poderes), quer no plano vertical (técnica de distribuição territorial de Poderes).[31]

Em contraposição ao ideário vigente após a Primeira Guerra, realizam-se no Brasil, na década de 1990, uma série de reformas na estrutura do Estado e uma consequente redefinição do seu papel. Essas reformas surgiram em resposta ao esgotamento do ideário nacional-desenvolvimentista, principalmente diante das dificuldades econômicas que o país enfrentava durante a década de 1980. A crise fiscal, o esgotamento da estatização por meio da intervenção do Estado e a necessidade de substituição de um modelo burocrático de administração, implantado pelo governo de Getúlio Vargas foram fatores determinantes na busca pela modernização do Estado brasileiro.[32] Posteriormente, já no governo Fernando Henrique Cardoso, operou-se a flexibilização, por meio de reformas constitucionais, de diversos setores monopolizados pelo Estado, como, por exemplo, a indústria petrolífera, o setor de telecomunicações e o setor elétrico.

No caso em análise, percebe-se a diminuição das receitas de determinados Municípios resultante da edição de normas de direito econômico. Não é de se espantar que a União, enquanto agente central do planejamento econômico nacional, seja capaz de impactar severamente nos âmbitos local e regional.

É justamente nesse cenário criado pelas reformas no setor elétrico que emerge a tensão entre federalismo e direito econômico. Seria possível falar em federalismo, pressupondo-se o equilíbrio entre as diferentes esferas federadas, quando a União, no exercício de sua competência de definir a política econômica do país, pode reduzir drasticamente a receita dos Municípios?

---

[31] SILVA, ibidem, p. 288.

[32] NUNES, Edson de Oliveira. (Cord.) **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político institucional.** Rio de Janeiro: Garamond, 2007, p. 41.

Uma possível resposta para tal problema, como dito anteriormente, seria a criação de instrumentos que permitissem a participação dos possíveis afetados pelas decisões políticas emanadas do poder central e a efetiva consideração de todos os posicionamentos – nacional, regional e local – relativos ao tema em jogo. Sob o atual paradigma do Estado-nação, o ente central sempre será o grande condutor das políticas econômicas, no entanto, nada impede que esta característica seja amenizada por uma maior interlocução e cooperação entre os entes federados, bem como pela tomada de medidas capazes de mitigar os impactos locais, como, por exemplo, o PLS 525/2015[33].

A concretização da força normativa da Constituição não pode permitir a manutenção de uma "constitucionalização simbólica" na qual a mera presença do federalismo no texto constitucional parece esconder todas as tensões e contradições do ambiente institucional brasileiro. Nesse sentido, a crítica constante dos pressupostos teóricos da ciência jurídica é de fundamental importância na neutralização da função político-ideológica que a Constituição pode exercer.

Esse aspecto ideológico acaba por ter um efeito ilusório, exatamente na medida em que a invocação retórica de disposições constitucionais proporciona uma falsa sensação de que a realidade social está em perfeita harmonia com a Constituição. Sob a ilusão de que a Constituição é plenamente respeitada, neutralizam-se pretensões sociais que visam o aperfeiçoamento do ambiente político-social, o qual, muitas vezes, está em descompasso com o texto constitucional.[34]

CONCLUSÃO

[33] Nos termos da proposta em questão, a Lei Complementar n.º 63/1990 será alterada da seguinte maneira: Art. 1° O artigo 3º da Lei Complementar n° 63, de 11 de janeiro de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte §14: "§ 14. O valor da produção de energia proveniente de usina hidrelétrica, para fins da apuração do valor mencionado no inciso I do § 1º, corresponderá à quantidade de energia produzida, multiplicada pelo preço médio da energia hidráulica comprada pelas distribuidoras junto às geradoras, calculado pela ANEEL.

[34] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p.98.

Em face do exposto, percebe-se claramente que a Lei 12.783/2013 é mais um exemplo do total descaso de determinadas autoridades públicas para com os efeitos sistêmicos de seus atos, algo que, infelizmente, é lugar comum na atividade legislativa e na formulação de políticas públicas. Essa miopia em relação aos efeitos globais também demonstra acentuado déficit democrático em determinadas medidas de intervenção estatal na economia, diante da ausência de um debate público e especializado mais aprofundado, bem como é sintoma de um federalismo imperfeito, no qual os interesses da União, na grande maioria das vezes, prevalecem sobre os interesses das entidades federativas menores.

Emerge, em tal contexto, a importância da criação de instrumentos capazes de permitir a efetiva participação dos possíveis afetados pelas decisões políticas emanadas do poder central, bem como a real consideração dos posicionamentos de todos os entes da federação envolvidos em determinada política nacional.

Não basta, portanto, a manutenção de um federalismo meramente simbólico, calcado numa representação ilusória da realidade que impede efetivas mudanças no ambiente político-institucional brasileiro. Nesse passo, somente a crítica constante de situações naturalizadas permitirá que a Constituição alcance seu pleno potencial democrático.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Rui de Britto Álvares. **Descentralização e reforma do Estado: a Federação brasileira na encruzilhada.** Economia e Sociedade, Campinas, (14); 127-152, junho de 2000. Disponível em: http://www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=506&tp=a. Acesso em: 02/10/15.

BERCOVICI, Gilberto. **A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro.** Revista de Direito Sanitário, volume 3, número 1, março de 2002. DOI: http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v3i1p13-28.

COMPARATO, Fábio Konder. **O indispensável direito econômico.** Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. **A Crise Econômica e as Finanças Municipais: Uma projeção do FPM para 2009.** Brasília, 2009. Disponível em:http://portal.cnm.org.br/sites/9000/9070/Estudos/Financas/Acriseeconomicaeasfi nancasmunicipais-umaprojecaodoFPM.pdf. Acesso em: 01/10/15.

COSTELLINI, Clara; HOLLANDA, Lavinia. **Setor Elétrico: da MP 579 ao pacote financeiro. Informativo de Energia.** FGV- Energia. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13852/setor_eletrico.pdf ?sequence=1. Acesso em: 25/09/2015.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. **A prorrogação das concessões do setor elétrico brasileiro – o caso CEMIG.** In.: VIVAN, Alexei Macorin; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (Org.). Direito e Energia. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

HARADA, Kiyoshi. **Repartição de receitas tributárias.** In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. Tratado de Direito Financeiro. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o Município e o regime representativo no Brasil.** 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MEDEIROS, Jarbas. **Ideologia autoritária no Brasil: 1930 – 1945**. Editora: Fundação Getúlio Vargas, 1978.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro.** 17. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NUNES, Edson de Oliveira. (Cord.) **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político institucional.** Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

SCUR, Rosane Boelter. NETO, Orion Augusto Platt. **Diagnóstico da dependência dos repasses federais e estaduais no município de Canela – RS.** In.: Revista Catarinense da Ciência Contábil – CRCSC – Florianópolis, v. 10, n. 29, p. 53-68, abr./jul. 2011. DOI: http://dx.doi.org/10.16930/2237-7662/rccc.v10n29p53-68.

SILVA, José Afonso. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional.** São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ROTULAGEM AMBIENTAL NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Beatriz Rolim Cartaxo[35]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo central abordar sobre a rotulagem ambiental, tema de grande relevância, uma vez que visa certificar produtos adequados ao uso, apresentando menor impacto no meio ambiente em relação a outros produtos comparáveis disponíveis no mercado, allém do fato de a sociedade cada vez mais estar consumindo produtos ambientalmente corretos e saudáveis. Vários países, como manifestação de consciência ambiental, veem adotando mecanismos voluntários de rotulagem de produtos que atendam à critérios de controle previamente estabelecidos. Observa-se, com isso, que a rotulagem ambiental cada vez mais vem se tornando um poderoso instrumento de mercado, sugerindo a relevância de se analisar seus princípios regulamentadores e estudos elaborados dentro deste tema, uma vez que os Programas de Rotulagem Ambiental apareceramespecialmente por contada mudança nos padrões de consumo e produção. Observa-seque a rotulagem ambiental pode vir a contribuir para a formação de um consumidor consciente.

Palavras-chave: Rotulagem Ambiental. Educação Ambiental.

ABSTRACT This article was aimed at addressing on environmental labeling, highly relevant topic as this aims to make products suitable for use, with less impact on the environment compared to other comparable products on the market. Besides the fact that society increasingly be consuming environmentally friendly and healthy products. Several countries, as a manifestation of environmental awareness, see adopting voluntary mechanisms on product labeling that meet pre-established control criteria. It is observed that with the increasing environmental labeling has become a powerful tool market, suggesting the relevance of regulatory principles and analyze their elaborate studies within this theme, since the environmental labeling programs have appeared especially in due to changes in consumption and production patterns. It is

[35] 1Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável peloCentro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Bacharel em Direito pelo Instituto Superior da Paraíba - IESP

observed that environmental labeling may ultimately contribute to the formation of a conscious consumer. Key-words: Environmental labeling. Environmental education.

INTRODUÇÃO

Com a chegada da globalização, as fronteiras do comércio foram rompidas e o intenso escambo de mercadorias entre os países demonstrou a necessidade da adoção de selos regulamentadores de origem, para passar uma confiança na qualidade de produtos e serviços. Pode-se atribuir toda esta evolução ao avanço tecnológico, ao aumento da população mundial, ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável, que atualmente passou a ser uma das grandes preocupações, inerente à modernidade.

Veiga (2010, p. 17) refere que “é mais frequente tratar o desenvolvimento como sinônimo de crescimento econômico”. Quando se trata de desenvolvimento, para este Autor, esta simples palavra apresenta duas ideias: uma, onde o desenvolvimento é medidoatravés da evolução de indicadores bem tradicionais, como o Produto Interno Bruto *per capita*; e a outra, é que o desenvolvimento não passa de uma ilusão, crença, mito ou manipulação ideológica. Entretanto, nos dias atuais, o desenvolvimento vem acontecendo de uma forma célere com a biotecnologia. Tais mutações oriundas do avanço tecnológico exercem influência direta na produção de alimentos por meio dos melhoramentos genético e animais.

Com a chegada do mecanismo de rotulagem ambiental, onde informações são disponíveis nos rótulos de embalagens, os consumidores passaram a optar por adquirir produtos de menor impacto ambiental em relação aos produtos concorrentes disponíveis no mercado.

Veiga (2010) deixa bem claro quando fala em sustentabilidade que, quando um grande número de países tiver indicadores confiáveis sobre um leque mais amplo de variáveis ecológicas, constatar-se-á que são tão diversos os estilos de crescimento e as circunstâncias em que ele ocorre, que deve ser rejeitada a ideia de tão linear relação entre qualidade ambiental e renda *per capita*.

Nos dias atuais, ser uma empresa ou um produto sustentável requer um gasto que termina sendo repassado ao consumidor. Desta forma, conhecida como uma forma de alertar aqueles que adquirem produtos saudáveis, a rotulagem ambiental é,ao mesmo tempo, um instrumento econômico e de comunicação, visto que busca difundir informações que alteram ou alertam positivamente padrões de produção de consumo, aumentando a consciência dos consumidores e produtores sobre a necessidade de usar recursos naturais de forma mais responsável.

Aquele mesmo Autor afirma ainda que a sustentabilidade ambiental é baseada no duplo imperativo ético de solidariedade sincrônica com a geração atual e de solidariedade diacrônica com as gerações futuras. Ela compele a trabalhar com escalas múltiplas de tempo e espaço, o que desarruma a caixa de ferramentas do economista convencional e impele, ainda, a buscar soluções triplamente vencedoras (isto é, em termos sociais, econômicos e ecológicos), eliminando o crescimento selvagem obtido ao custo de elevadas externalidades negativas, tanto sociais quanto ambientais.

O mecanismo, do qual a rotulagem ambiental está fundada, pauta-se em duas diretrizes, onde a primeira fala que determinado bem pode ser produzido de forma variada e que estas formas diferem em termos de impacto ambiental e a segunda mostra que métodos de produção mais organizados são geralmente mais caros ou requerem a redução em atributos apreciados pelos consumidores.

Por isso, quando uma empresa pensa em ter este tipo de programa em sua empresa, instantaneamente ela calcula os altos custos, que serão repassado para os seus clientes, tornando viável e necessário um estudo de mercado, para que haja o apoio dos consumidores para o alto custo de produção e para que ela possa atingir os padrões ambientais. Contudo, com o aumento da oferta de produtos com melhores padrões ambientais, os custos e, consequentemente, os preços finais, tendem a cair. Em curto prazo, a rotulagem ambiental pode contribuir para a redução das vendas de produtos poluentes, em favor daqueles considerados menos prejudiciais ao ambiente.

Pode-se concluir, portanto, que o programa de rotulagem ambiental tem o intuito de auxiliar os consumidores a fazerem escolhas com melhores informações

sobre o impacto ambiental dos produtos adquiridos, fazendo, assim, com que haja uma escolha consciente e um mercado sustentável.

Por fim, a rotulagem ambiental encontra-se em rápida evolução em todos os mercados e vem sendo implementada tanto nas economias desenvolvidas quanto nas economias emergentes e nos demais países em desenvolvimento.

2 ROTULAGEM AMBIENTAL

2.1 SURGIMENTO DA ROTULAGEM AMBIENTAL

Nas ultimas décadas, analisando o cenário mundial, observou-se o desenvolvimento de novas formas de comercialização, estimuladas pela eliminação de barreiras geográficas e maiores facilidade de comunicação, resultando na intensificação do contato entre países e na promoção de acordos comerciais, entre outros.

Com a globalização, o comércio passou por grandes mudanças, mesmo mantendo a hierarquia dos países ricos, que continuaram sendo a força causadora do equilíbrio entre os países ricos e os em desenvolvimento.

O programa de rotulagem ambiental nasceu nos EUA, em 1894, com o objetivo de checar a veracidade das informações contidas nos rótulos, mas foi a partir de 1940 que ele teve seu destaque com o surgimento do primeiro rótulo de caráter obrigatório, aplicado aos agrotóxicos e raticidas, onde neles eram encontradas informações sobre o manuseio, cuidados, recomendações e armazenamento do produto. Porém, foi nos anos 70 que surgiram os rótulos voluntários, onde as entidades ambientais ou o próprio produtor faziam questão de explicar seu produto. Para este tipo de comerciante era importante dizer ao consumidor que aquele produto tinha sido feito sem agrotóxico e que era totalmente natural e sustentável. Assim, os fabricantes de “produtos verdes”passaram a usar ações promocionais para informar suas práticas ambientalistas e conquistar consumidores “verdes”, agora em número muito maior.

Em 1977, o Governo viu a necessidade de criar oficialmente um programa que falasse sobre a rotulagem ambiental, podendo-se citar como pioneira neste mercado a Alemanha. Como esta criação poderia auxiliar a produção de uma maneira mais limpa, surgiu o selo *Blau Angel*, conhecido como um selo governamental e de propriedade do Ministério de Meio Ambiente alemão, conservação da natureza e segurança nuclear. Depois surgiu o *Green Seal*,

que veio dos EUA no ano de 1989, totalmente privado, e de organizações independentes, sem fins lucrativos, com fim de trazer uma educação ambiental para aquele país. O *Ecolabel* nasceu em 1992 pelo Parlamento Europeu e implementado pelo Conselho da União Europeia. E no Brasil, temos o SELO DE QUALIDADE AMBIENTAL ABNT, que é o selo representante da ISO no Brasil e que tem um programa que visa a suprir as necessidades na área de certificação e possui algumas famílias de produtos selecionadas, como: papel e celulose, couro e calçados, eletrodomésticos, aerossóis em CFC, baterias automotivas, detergentes biodegradáveis, lâmpadas, móveis de madeira, embalagens, cosméticos e produtos de higiene pessoal. O objetivo é certificar os produtos disponíveis no mercado, considerando seu ciclo de vida e dinamizar a criação de novos programas de certificação ambiental de produtos onde seja necessário.

A Conferência Rio – 92 chegou para mostra que os selos verdes podem ter grande influência sobre as condições de concorrência do mercado e os seus impactos dependem de fatores como: mecanismos para a seleção de produtos e definição de critérios, administração do programa de selos ambientais,custos envolvidos no cumprimento dos padrões, acesso aos esquemas de teste e certificação para produtos importados, além da capacidade tecnológica para atingir padrões mais elevados, entre outros.

No final, busca-se o reconhecimento mútuo, a identificação e o acordo entre critérios principais comuns, o que torna o processo de certificação mais simples e barato entre os países, evitando barreiras na exportação. Ressalta-se, entretanto, que não existe um selo verde mundial, reconhecido em todos os países.

2.2 DEFINIÇÃO

Quando falamos em rotulagem ambiental, podemos dizer que ela consiste na atribuição de um selo ou rótulo a um produto ou serviço para informar a respeito dos seus aspectos ambientais. Porém, ela é uma parte integrante do processo pelo qual a proteção ao ambiente se converte em valor social. Nos países desenvolvidos, à medida que as empresas percebem as preocupações ambientais do consumidor, elas as transformam em vantagens comerciais para alguns produtos e serviços.

Portanto, os rótulos ambientais são efetivamente normas de produto e/ou processo de produção. São responsáveis pelo estabelecimento de padrões e procedimentos para a fabricação de produtos que pretendam obter certificação através do organismo responsável pela sua concessão (MAIMON, 1996).

Dentre os objetivos dos programas de rotulagem ambiental, pode-se citar (ANDRADE *et al*., 2002):

a) Aumento da conscientização ambiental dos consumidores;

b) Fornecimento de informações precisas aos consumidores, como meio de possibilitar-lhes um melhor julgamento das qualidades ambientais relativas aos produtos ofertados no mercado;

c) Melhoria na imagem e volume de vendas dos produtos rotulados;

d) Estímulo às empresas rumo ao desenvolvimento de novos produtos ou processos, com menor impacto sobre o meio ambiente, sendo direcionados a uma maior proteção ambiental; e

e) Influência na escolha do consumidor ou no comportamento do fabricante.

Com este surgimento de selos sustentáveis, houve uma resposta positiva por parte dos consumidores, mas claro que com esta nova implantação foi preciso que houvesse uma criação de normas e diretrizes para poder fazer com que existissem regras. Assim, o mercado cobrou a criação de entidades independentes para que analisasse e verificasse os atributos de produtos, rótulos e declarações ambientais efetuados, face à exigência de reforçar a transparência, imparcialidade e a credibilidade da rotulagem ambiental.

Para Barbieri e Cajazeiras (2012, p. 65):

> A sustentabilidade social trata da consolidação de processos que promovem a equidade na distribuição dos bens e da renda para melhorar substancialmente os direitos e as condições de amplas massas da população e reduzir as distâncias entre os padrões de vida das pessoas.

De acordo com a *Internacional Organization ForStandardization*(ISO), a maioria dos rótulos e selos ambientais necessitaria de estabelecer padrões e regras para o seu uso adequado, desta forma, desenvolveram-se normas para a rotulagem ambiental. Assim foi criado uma classificação para os diversos tipos de rotulagem, como mostra Braga*et al.*, (2002):

> TIPO I – Programas de terceira parte, fundamentados em múltiplos critérios voluntários, que atribuem uma licença para o uso de rótulos ambientais em produtos, indicando a preferência ambiental global do mesmo, dentre uma categoria de produtos, baseados em considerações de ciclo de vida. Refere-se aos clássicos selos verdes – *Ecolabels.*
>
> TIPO II – Auto declarações ambientais afirmativas, que são declarações efetuadas pelos próprios fornecedores, normalmente os próprios fabricantes.
>
> TIPO III – Programas voluntários que fornecem dados ambientais quantificados de um produto, sobre categorias preestabelecidas de parâmetros definidos por uma terceira parte qualificada, baseados numa avaliação de ciclo de vida e verificados por essa ou outra terceira parte habilitada. Ainda encontram-se em desenvolvimento e consistem essencialmente no estabelecimento de categorias de parâmetros, a partir de uma avaliação do ciclo de vida e na divulgação dos dados quantitativos relativos a esses parâmetros para cada produto. Os dados são verificados por uma terceira parte.
>
> TIPO IV – Rótulos ambientais mono criteriosos, atribuídos por uma terceira parte. Referem-se a apenas um aspecto ambiental e não são baseados em considerações de ciclo de vida do produto.

Assim, a rotulagem ambiental traz um programa no qual envolve definição de categorias de produtos e critérios para a atribuição dos rótulos para tais categorias. Estas definições são estabelecidas por entidades independentes ou por grupo de assessoramento técnico.

Harrington e Knight (2001, p. 34) comentam que:

> Rotulagem ambiental é a indicação dos atributos ambientais de um produto ou serviço, sob a forma de atestados, símbolos ou gráficos em rótulos de produtos ou embalagens ou em literatura sobre

> produtos, boletins técnicos, propaganda, publicidade e assim por diante.

Para produtos, a análise pode abranger desde a extração de matéria – prima, a sua produção, a distribuição, o uso, até o descarte final. Os parâmetros diferenciadores são utilizados para definir os critérios de atribuição do rótulo ambiental. Definidos os requisitos, as empresas interessadas em participar submetem os seus produtos para a realização de ensaios e verificações, de forma a assegurar a conformidade do produto aos critérios. Quando aprovados, as empresas pagam os custos da licença do uso do rótulo do programa por um período definido e o uso deste é restrito aos produtos aprovados e normalmente é acompanhado pela entidade que gerencia o programa.

Barbiere e Cajazeiras (2012, p. 60) referem que é responsabilidade da organização os impactos de suas decisões e atividades na sociedade e no meio ambiente, por meio de um comportamento ético e transparente que:

> Contribua para o desenvolvimento sustentável, inclusive para a saúde e o bem estar da sociedade;
>
> Leve em consideração as expectativas das partes interessadas;
>
> Esteja em conformidade com a legislação aplicável e seja consistente com as normas internacionais de comportamentos; e
>
> Esteja integrada em toda a organização e seja praticada em suas relações.

Porém, é importante ressaltar que a implantação de um selo verde é uma atitude de muita responsabilidade perante a sociedade, já que a questão ambiental é um problema de interesse geral; e um rotulo que não é serio, ou seja, que não cumpre sua função adequadamente, acaba prejudicando não só o ambiente, mas toda a sociedade e a credibilidade no próprio sistema de rotulagem.

2.3 ROTULAGEM E A SUSTENTABILIDADE

O mercado moderno vem atraindo os olhares dos rótulos ambientais, principalmente no meio voluntário, com a desculpa de alcançar diversos objetivos ambientais, tecnológicos e sustentáveis.

Segundo Bercovici (2005, p. 52):

> O desenvolvimento é um fenômeno com dimensão histórica: cada economia enfrenta problemas que lhe são específicos. Não existe fases de desenvolvimento pelas quais, necessariamente, passam todas as sociedades, seguindo os moldes da industrialização europeia. O subdesenvolvimento é uma condição especifica da periferia, não uma etapa necessária do processo de "evolução natural" da economia.

Os empresários, neste novo papel, tornam-se cada vez mais aptos a compreender e participar das mudanças estruturais na relação de forcas nas áreas ambiental, econômica e social. Por isso, optaram por não ficarem passivos em relação ao meio ambiente.Com o crescimento do desenvolvimento sustentável, introduz-se uma dimensão ética e política que considera o desenvolvimento como um processo de mudança social, com consequente democratização do acesso aos recursos naturais e distribuição equitativa dos custos e benefícios do desenvolvimento.

Sem (2015, p. 98) fala que:

> Usamos rendas e mercadorias como a base material de nosso bem-estar.Mas o uso que podemos dar a um dado pacote de mercadorias ou, de um modo em geral, a um dado nível de renda, depende crucialmente de várias circunstâncias contingentes, tanto pessoais como sociais.

Assim, pode-se afirmar que nos últimos dois séculos temos vivido sob a tríade da liberdade, igualdade e fraternidade. Entretanto, à medida que caminhamos para o próximo século, precisamos tomar como inspiração os quatro valores da liberdade, da igualdade,da fraternidade e da sustentabilidade.

Sem (2015, p. 99-100)nos mostra cincovariações que caminham junto com a liberdade, igualdade, fraternidade e sustentabilidade, que seriam:

> 1- Heterogeneidade pessoais: As pessoas apresentam características físicas díspares, relacionadas à incapacidade, doença, idade ou sexo, e isso faz com que suas necessidades difiram.
>
> 2- Diversidade Ambientais: Variações nas condições ambientais, como por exemplo as circunstâncias climáticas (variações de temperatura, níveis pluviométricos, inundações etc.), podem influenciar no que uma pessoa obtém de determinado nível de renda.

> 3- Variações no clima social: A conversão de rendas e recursos pessoais em qualidade de vida é influenciada também pelas condições sociais, incluindo os serviços públicos de educação, e pela prevalência ou ausência de crime e violência na localidade específica.
>
> 4- Diferenças de perspectivas relativas: As necessidades de mercadoria associadas à padrões de comportamento estabelecidos podem variar entre comunidades, dependendo de convenções e costumes.
>
> 5- Distribuição na família: As rendas auferidas por um ou mais membros de uma família são compartilhadas por todos; tanto por quem as ganha como por quem não as ganha.

Quando falamos em sustentabilidade, é preciso olhar todas estas cinco vertentes para analisar a principal questão que é o desenvolvimento econômico, com isso, cresce um espírito de responsabilidade comum como processo de mudança no qual a exploração de recursos materiais, os investimentos financeiros e as rotas do desenvolvimento tecnológico deverão estar em perfeita harmonia. Por isso, o desenvolvimento de tecnologia deverá ser orientado para metas de equilíbrio com a natureza e de incremento da capacidade de inovação dos países em desenvolvimento, e o progresso será entendido como fruto de maior riqueza, maior benefício social equitativo e equilíbrio ecológico.

É preciso analisar também quatroquestões básicas para a sustentabilidade, conforme Sachs (2002):

> 1- Sustentabilidade social: Que se entende como a criação de um processo de desenvolvimento sustentado por uma civilização com maior equidade na distribuição de renda e de bens, de modo a reduzir o abismo entre os padrões de vida dos ricos e dos pobres.
>
> 2- Sustentabilidade econômica: Que deve ser alcançada através do gerenciamento e alocação mais eficiente dos recursos e de um fluxo constante de investimentos públicos e privados.
>
> 3- A sustentabilidade espacial: Que deve ser dirigida para a obtenção de uma configuração rural – urbana mais equilibrada e uma melhor distribuição territorial dos assentamentos humanos e das atividades econômicas.
>
> 4- Sustentabilidade cultural: Incluindo a procura por raízes endógenas de processos de modernização e de sistemas agrícolas integrados, que facilitem a geração de soluções específicas para o local, o ecossistema,a cultura e a área.

Buscar uma sustentabilidade não é uma tarefa simples, é um processo sem fim, onde se busca construir um conceito. Por isso, diz-se que, com a chega da rotulagem ambiental, consegue-se trazer uma ferramenta moderna de mercado, necessariamente voluntária, para se alcançar objetivos ambientais e tecnológicos.

Pode-se dizer que a rotulagem vem com a função de proteger o meio ambiente, os seus programas pretendem influenciar as decisões dos consumidores e encorajar a fabricação e o consumo de produtos menos agressivos ao ambiente. Com esta função, ela tem feito o papel de um instrumento de política, baseado no mercado, com a função de proteger os recursos naturais, de trazer uma inovação ambiental para a indústria saudável, com seus programas que proporcionam o incentivo mercadológico para as empresas introduzirem tecnologias inovadoras, saudáveis do ponto de vista ambiental, bem como posições de liderança em relação aos aspectos ambientais.

E, por fim, diz-se que ela tem a função de desenvolver a consciência ambiental dos consumidores, por trazerem um meio idôneo e confiável e dar uma visibilidade no mercado aos produtos ou serviços preferíveis do ponto de vista ambiental, sendo os rótulos ambientais um dos instrumentos mais eficazes para este mercado.

Assim, pode-se dizer que os rótulos ambientais constituem importante instrumento de educação dos consumidores em direção à mudança de comportamento e à formação de hábitos de consumo mais saudáveis, ou seja, ambientalmente mais corretos, fazendo com que o mercado encontre um desenvolvimento sustentável.

2.4 ROTULAGEM AMBIENTAL APLICADO AO MERCADO CONSUMIDOR

O desenvolvimento tem como principal ferramenta a estratégia competitiva, principalmente nos dias atuais, com um mercado consumidor tão exigente. A essência para o desenvolvimento é a fórmula de como a empresa irá

competir, quais são as suas metas e a sua política necessárias. Desta maneira, os rótulos ambientais constituem atualmente uma oportunidade estratégica para a empresa que deseja agregar valor à sua imagem e se diferenciar de seus competidores.

As empresas que se comportam de maneira sustentável têm mais chances de encontrar soluções eficazes e, com isso, obterão vantagens ao iniciar antes dos concorrentes o cumprimento de regulamentações e a satisfação de expectativas do consumidor. Com isso, existem muitas empresas que estão descobrindo oportunidade de negócios, ligada à questão ambiental. A empresa passa também a atender de maneira mais ampla as expectativas mundial: que é a aquisição de produtos menos poluentes ou que gerem menor quantidade de resíduos em seu processo industrial.

A rotulagem ambiental é instrumento que, ao disseminar no mercado a inovação e a adoção de melhores tecnologias e processos, de forma transparente e independente, estimula e premia as empresas líderes. O auxílio institucional tem como consequência o incentivo mercadológico para o desenvolvimento de mercado para os produtos que contemplam na sua concepção os aspectos ambientais.

Com este efeito mercadológico, alimenta-se a adesão das empresas à rotulagem. No mercado brasileiro, a rotulagem ambiental desempenha papel importante no comércio exterior, sendo o estabelecimento das normas internacionais (ISO) sobre o assunto objeto de consequente revisão dos diversos programas. Verifica-se, por conseguinte, que a maior atenção dos governos e das organizações empresariais com as correspondentes ações tenderam a diminuir este risco.

Segundo Barbieri e Cajazeiras (2012, p. 178), a norma NBR 16001 se aplica à qualquer organização que queira implantar, manter e aprimorar um sistema de gestão da responsabilidade social; assegurar-se da conformidade com a legislação aplicável e com a sua política de responsabilidade social; apoiar o engajamento efetivo das partes interessadas e demonstrar conformidade com a norma ao:

> - Realizar auto-avaliação e emitir uma autodeclararão de conformidade com a norma;

> Buscar confirmação de sua conformidade por partes com interesse na organização;
>
> Buscar confirmação de sua autodeclararão por uma parte externa da organização;
>
> Buscar certificação do seu sistema de gestão por uma organização externa.

O programa de Rotulagem Ambiental Brasileiro é aplicável aos produtos nacionais que possuem vantagens competitivas ambientais, podendo constituir-se em apoio adicional para a introdução desses produtos em mercados mais exigentes. Com isso, diversos produtos e setores industriais do país apresentam aspectos ambientais positivos, que, se adequadamente realçados, podem se transformar em vantagens competitivas.

Com isso, entende-se que o mercado brasileiro tem a rotulagem ambiental utilizada no mercado interno, não apenas pelos aspectos de educação ambiental e maior conscientização do consumidor sobre a proteção dos recursos naturais, mas também para distinguir os produtos brasileiros com bom desempenho ambiental em relação à concorrência desleal de produtos estrangeiros de baixa qualidade no nosso mercado.

Assim, proporcionarinstrumento para demonstrar qualidade ambiental para os mercados de exportação tem sido um dos objetivos enunciados pelos rótulos ambientais em implantação em diversos países em desenvolvimento. Desta forma, ao se formular políticas públicas em relação ao meio ambiente, a implementação de rótulos ambientais, tem sido, com frequência, considerada como uma ferramenta efetiva para promover mudança nos padrões de produção.

2.5 IMPACTOS DA ROTULAGEM AMBIENTAL

A chegada da rotulagem ambiental traz um avanço nos padrões éticos de sobrevivência humana por estimular, primeiro, os fabricantes a adotarem mecanismos limpos de produção e, segundo, os consumidores a mudarem a sua postura perante os problemas ambientais.

Porém, o impacto ambiental significa a alteração no meio ou em algum de seus componentes por determinada ação ou atividade. Estas alterações precisam ser quantificadas, pois apresentam variações relativas, podendo ser positivas ou negativas, pequenas ou grandes. Por isso, pode-se dizer que a caracterização do impacto ambiental não é simplesmente qualquer alteração nas propriedades do ambiente, mas as alterações que provocam o desequilíbrio das relações constitutivas do ambiente, tais como as alterações que excedam a capacidade de absorção do meio considerado. Por fim, afirma-se que os impactos ambientais afetam a estabilidade preexistente dos ciclos ecológicos, fragilizando-a ou fortalecendo-a.

A rotulagem ambiental chega com a função de sinalizar o reconhecimento de práticas corretas e para o fabricante como diferencial competitivo em relação aos seus componentes. Evidencia-seisso quando, em uma conversa sobre os produtos recicláveis, as pessoas baseiam-se em símbolos de material reciclável presentes nos rótulos ou no tipo do material ou ainda na presença da separação do lixo para evidenciar que o produto respeita o meio ambiente.

Nos últimos anos, pode-se analisar que o Brasil vem trazendo uma mudança de hábito de consumo entre a população, constituindo uma oportunidade de mercado que até pouco tempo era evidenciada somente em mercados maduros, como os europeus.

A rotulagem é um dos temas tratados nas normas técnicas notificadas pelos países ao Acordo de Barreiras Tenicas (TBT) da OMC, mostrando como uma das justificativas mais famosa, a imposição de exigências técnicas. Assim, pode-se dizer que a rotulagem ambiental enquadra-se não somente sob o objetivo da proteção ambiental, como também sob o olhar da preservação de práticas enganosas; desta forma, ela também tem o objetivo de ajudar com informações o consumidor.

Pode-se afirmar que os selos verdes trouxeram consequentemente alguns impactos negativos,como, por exemplo, a discriminação contra produtos estrangeiros, sem violar o princípio da não discriminação da OMC, ao não distinguir o produtor doméstico do estrangeiro, formando-se barreiras técnicas ao comércio.

Se a determinação de critérios, em particular do uso de matérias-primas e métodos ou processos de produção, não estiverem baseadas em considerações objetivas e padronizadas, independente do país de origem ou destino, e a influência de custos e competitividade de países em desenvolvimento, por não possuírem políticas concisas de proteção ambiental no mercado interno, por serem pressionados, acabam adotando programas de rotulagem para não serem discriminados do comércio internacional.

Veiga (2010, p. 145) relata que os “trigos” dos dois lados tendem a aceitar que esteja ocorrendo:

> a) maior interligação econômica nas entre-regiões do mundo, ainda que com consequências multifacetadas;
>
> b) novas desigualdades e abalo de velhas hierarquias, ambos provocados pela competição interregional:
>
> c) ampliação de problemas transnacionais e transfronteiriços (como lavagem de dinheiro ou disseminação de organismos geneticamente modificados, os OGMs);
>
> d) expansão das formas de gestão internacional – como a União Europeia e a Organização Mundial do Comercio (OMC)-, que traz novas interrogações sobre o tipo de ordem mundial a ser construída;
>
> e) exigências de novas maneiras de pensar e de dar respostas criativas sobre as futuras formas democráticas de regulação política.

Por isso, é preciso ficar atento aos impactos da rotulagem ambiental relacionado a cada país, onde cada atividade ou consumidores será vivenciado de maneira diferente.

Para Sem (2015, p. 143):

> O desafio ambiental faz parte de um problema mais geral associado à alocação de recursos envolvendo “bens públicos”. Precisa-se não só levar em consideração a possibilidade da ação do estado e da provisão social, mas também examinar o papel que pode desempenhar o desenvolvimento de valores sociais e de um senso de responsabilidade que viesse a reduzir a necessidade da ação impositiva do Estado.

Portanto, é preciso olhar cada nível de consciência ecológica, mas sem esquecer que todos habitam o mesmo planeta, sendo necessárias medidas enérgicas para salvar o todo, ao invés de partes.

Outras estratégias, de curto prazo, levam ao crescimento ambientalmente destrutivo, mas socialmente benéfico, ou ao crescimento ambientalmente benéfico, mas socialmente destrutivo (SACHS, 2002).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se este artigo verificando que a gestão ambiental, a responsabilidade social e a rotulagem ambiental para as empresas brasileiras e principalmente para as exportadoras podem ser uma garantia de sobrevivência no mercado, pois, com a crescente importância que o consumidor atribui aos produtos ecologicamente corretos, a tendência dos fabricantes é encontrar atributos verdes em seus produtos como fator de diferenciação.

Com isso, a rotulagem ambiental constitui-se em importante instrumento de implementação de políticas de desenvolvimento sustentável, que permite alterar de forma voluntária métodos de produção e de consumo. Assim, os consumidores com suas escolhas, acabam influenciando o comportamento ambiental no setor produtivo. Quando bem utilizada, ela tem grande potencial para orientar os consumidores na aquisição de produtos menos impactantes ao meio, como os recicláveis, os orgânicos, os mais econômicos no uso de energia e aqueles que utilizam refis ou menor quantidade de matéria-prima.

Com o agravamento da deterioração do meio ambiente e a maior conscientização dos problemas em escala global, sob forma de mudanças climáticas, depleção da camada de ozônio, redução da biodiversidade, poluição marinha e chuvas ácidas, passaram a ser adotadas medidas de caráter precatório. Desta forma, houve um fortalecimento do movimento ambiental onde este provocou transformações nas demandas da sociedade, tendo os consumidores a querer traduzir sua consciência ambiental em poder de compra e a de optar, de forma crescente, por produtos verdes, ou seja, aqueles considerados como os de menor impacto sobre o meio ambiente. Assim, a cada dia, surge mais o conceito de “mercado verde”, mudando as noções tradicionais de competitividade.

No Brasil, considerado país em desenvolvimento, a rotulagem ambiental acaba sendo incorporada como forma de conquistar novos mercados ou simplesmente para cumprir exigências dos países desenvolvidos. Todavia, é preciso dar crédito às chamadas ONGs e às campanhas informativas que, graças à sua pressão, trouxeram ao consumidor do mercado 14 interno informações para que eles se tornem a cada dia mais exigentes com uma postura de credibilidade das informações prestadas pelas empresas, ficando mais atentos às questões ambientais e à adoção dos selos ambientais.

A conscientização dos vários órgãos governamentais e de setores-chaves do empresariado brasileiro que estão envolvidos no projeto de cooperação sobre rotulagem ambiental é fundamental para que se possa efetivamente orientar as políticas industriais públicas para a direção da sustentabilidade.

Por fim, não se pode deixar de falar da necessidade de uma padronização mundial para obtenção destes selos, colocando as empresas de diversos países em igual grau de exigências, impedindo o favorecimento de um ou de outro. Com isso, o processo de evolução de conscientização do consumidor perante aos fatores ambientais e sociais não tem mais volta, sendo cada vez mais valorizada a empresa com responsabilidade social.

REFERENCIA

ANDRADE, R.O.B. et al. **Gestão ambiental**: enfoque estratégico aplicado ao desenvolvimento sustentável. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 2002.

BARBIERI, Jose Carlos, CAJAZEIRAS, Jorge Emanuel. **ResponsabilidadeSocial empresarial e empresa sustentável da teoria a pratica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da constituição de 1988. São Paulo: editora Malheiros, 2005.

HARRINGTON,H. James e KNIGHT, Alan. **A Implementação da ISO 14000**: como atualizar o SGA com eficácia. 4. ed. Editora: FGV, 2001.

MAIMON, D. **Passaporte verde**: gestão ambiental e competitividade. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1996.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de janeiro: Garamond, 2002.

SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: editora Companhia de bolso, 2015.

VEIGA, Jose Eli da. **Desenvolvimento Sustentável**: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond,2010.

Rotulagem ambiental: documento base para o programa brasileiro de rotulagem ambiental: MMA/SPDS,2012.210P.

INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRITÉRIOS DE RATEIO DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS ESTADOS: ANÁLISE DO JULGAMENTO ADI 875

Celso de Barros Correia Neto[36]

Resumo: O texto analisa a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 875, na qual se declarou a inconstitucionalidade da lei que fixava os critérios de divisão dos recursos que compõem o Fundo de Participação dos Estados (FPE).

Palavras-chave: Fundo de Participação dos Estados – Supremo Tribunal Federal – Federalismo Fiscal.

Abstract: The paper analyzes how the Brazil's Supreme Court judged the direct action of unconstitutionality number 875, in which the Court has declared the unconstitutionality of the law that established the criteria to shares resources of the State Participation Fund (FPE).

Key-words: Participation Fund of the States – Supreme Court – Fiscal Federalism.

INTRODUÇÃO[37]

Este texto analisa o julgamento conjunto de quatro ações diretas de inconstitucionalidade – ADI 1.987, ADI 875, ADI 2.727 e ADI 3.243 – ajuizadas contra dispositivos da Lei Complementar 62, de 1989, que estabelece normas sobre

---

[36] Doutor em Direito pela USP. Assessor de Ministro do STF. Professor da Graduação e do Mestrado da Universidade Católica de Brasília e da Pós-Graduação lato sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público.

[37] Este texto é uma versão atualizada e ampliada do artigo "ADI 875: a inconstitucionalidade dos critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados", publicado na obra "O Supremo por seus Assessores" (FUCK, Luciano F.; HORBACH, Beatriz B. **O Supremo por seus Assessores**. São Paulo: Almedina, 2014).

o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos do Fundo de Participação dos Estados – FPE.

Estava em questão uma omissão legislativa parcial, em face do descumprimento do art. 161, II, da Constituição Federal, norma que impõe ao legislador complementar o dever de estabelecer critérios para rateio dos recursos do fundo, a fim de “promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados”.

Três aspectos do julgamento merecem destaque: (1) a fungibilidade dos instrumentos processuais empregados, ADI e ADO; (2) os fundamentos utilizados para justificar a declaração de inconstitucionalidade da lei e (3) a técnica de decisão adotada pelo Tribunal. Analisaremos cada um desses pontos nos itens que se seguem.

2. CASO

O julgamento teve por objeto o art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e Anexo Único da LC 62/89. Discutia-se a constitucionalidade dos coeficientes de repasse fixados pela lei para a divisão, entre os Estados e o Distrito Federal, dos recursos do FPE, fundo constitucional formado por parcela do produto da arrecadação do Imposto sobre Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Dois fundamentos foram determinantes para a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados. O primeiro foi o descompasso entre os coeficientes de rateio previstos na lei complementar e a finalidade redistributiva imposta pelo art. 161, II, da Constituição Federal. O segundo foi o fato de a LC 62/89 ter estabelecido coeficientes individuais fixos para a divisão dos recursos do FPE, em vez de “critérios de rateio”, capazes de evoluir conforme a alteração das circunstâncias socioeconômicas dos Estados e das regiões brasileiras.

O Tribunal julgou procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade, no sentido do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, e aplicou o art. 27 da Lei n. 9.868/99 para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art.

2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, ambos da LC n. 62/1989, mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2012. Ficou vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência apenas da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.987 e rejeitou a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99.

3. FUNGIBILIDADE ENTRE ADI E ADO

O primeiro aspecto a ser destacado no julgamento diz respeito aos instrumentos processuais utilizados. O conjunto das ações julgadas contava com ações diretas de inconstitucionalidade por ação e também por omissão. Sem prejuízo de algumas diferenças de objeto e argumentação, todas elas discutiam a constitucionalidade dos critérios de rateio do FPE estabelecidos na LC 62/89, tendo como principal parâmetro o art. 161, II, da Constituição Federal.

A ADI 1.987, proposta pelos Governadores dos Estados do Mato Grosso e de Goiás, pedia a declaração da omissão legislativa e, por conseguinte, da mora do Congresso Nacional em relação à fixação de critérios de partilha condizentes com a finalidade constitucional do FPE. A ADI 875, ajuizada pelos Governadores do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina, e a ADI 2.727, formalizada pelo Governador do Mato Grosso do Sul, impugnavam o art. 2º, §§ 1º, 2º e 3º, da referida lei, bem como seu Anexo Único, no qual constavam os coeficientes individuais de repasse. A ADI 3.243, por sua vez, atacava especificamente o § 3º do art. 2º da mencionada lei, disposição que prorrogava, por prazo indeterminado, a vigência dos coeficientes de rateio.

A diferença de objeto das ADIs em relação à ADO explica-se pela natureza do vício em questão: a inconstitucionalidade por omissão parcial. Como se sabe, os estados de omissão inconstitucional caracterizam-se pela inação do Poder Público em situações específicas nas quais há norma constitucional impondo a adoção de certa providência, notadamente a prática de ato administrativo (pelo Executivo) ou edição de lei (pelo Legislativo).[38] Na omissão parcial, todavia, não há

[38] "A omissão parcial, por sua vez, envolve a execução parcial ou incompleta de um dever constitucional de legislar, que se manifesta tanto em razão do atendimento incompleto do

rigorosamente uma inação do Poder Público; não falta a providência normativa exigida pelo texto constitucional. Nessas hipóteses, há uma ação desconforme, ou seja, a lei existe sim, mas seu conteúdo não atende perfeitamente aos parâmetros traçados pela norma constitucional.

Foi essa a situação examinada na ADI 875. O caso da LC 62/1989 seria de inconstitucionalidade por omissão parcial, porque os parâmetros estabelecidos na lei complementar não seriam suficientes para realizar integralmente a norma constitucional do art. 161, II, da Constituição Federal. Haveria, desse modo, um ato legislativo imperfeito, que atenderia apenas parcialmente ao mandamento constitucional e, portanto, poderia ser impugnado tanto pelo que dispôs (ação), quanto pelo que deixou de dispor (omissão).

Sendo assim, coube ao STF enfrentar, em preliminar, a questão do cabimento das ações diretas por ação e por omissão quanto a um mesmo objeto, no caso, a omissão legislativa parcial, consubstanciada na LC 62/89.

A orientação até então assentada na jurisprudência do STF era no sentido de recusar a tese da fungibilidade, ante a diferenciação rígida entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Acolheram tal orientação, por exemplo, as decisões proferidas na ADI 526, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence; na ADI 986, de relatoria do Ministro Néri da Silveira; e na ADI 1.442, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

No julgamento da ADI 875, no entanto, o Tribunal adotou interpretação oposta. Prevaleceu o entendimento do relator, Ministro Gilmar Mendes, que defendia a necessidade de relativizar a rígida distinção entre os instrumentos processuais da ADI e da ADO, nas situações de omissão parcial, nas quais é “imprecisa a distinção entre ofensa constitucional por ação ou por omissão”. Afirmou o relator em seu voto o seguinte:

---

estabelecido na norma constitucional como do processo de mudança das circunstâncias fático-jurídicas que venha a afetar a legitimidade da norma (inconstitucionalidade superveniente), ou, ainda, em razão de concessão de benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade).” MENDES, Gilmar. O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa. IN: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs). **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

> Tem-se, pois, aqui, uma relativa, mas inequívoca, fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou do ato normativo) e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos – o de controle de normas e o de controle de omissão – acabam por ter o mesmo objeto, formal e substancialmente, isto é, a inconstitucionalidade de norma em razão de sua incompletude.

Para o Ministro relator, a questão central estaria, na verdade, menos no instrumento processual escolhido pelo autor do que na técnica de decisão a ser adotada pelo Tribunal. Vale dizer, mais importante do que saber qual o meio mais adequado para levar o tema ao conhecimento do Tribunal – se pela impugnação da ação ou da omissão – seria definir a forma de superar o estado de inconstitucionalidade instalado, diante do fato de que “a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos” e pode aprofundar a violação constitucional perpetrada.

A tese da fungibilidade amparou o conhecimento das quatro ações – ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243 –, a despeito da diferença dos pleitos formulados. A orientação acolhida nesse julgamento supera, em grande medida, a posição anteriormente adotada pelo Tribunal na matéria.

4. FUNDAMENTAÇÃO

O debate travado no julgamento da ADI 875 chama atenção para a natureza jurídica do Fundo de Participação dos Estados e o papel que lhe cabe no contexto da Constituição Federal de 1988.

O FPE é anterior à Carta de 1988. Foi instituído na década de 1960 pela Emenda Constitucional n. 18/196[39] e, desde então, permanece na ordem

---

[39] EC n. 18/1965: “Art. 21. Do produto da arrecadação dos impostos a que se referem o artigo 8º, nº II, e o art. 11, 80% (oitenta por cento) constituem receita da União e o restante distribuir-se-á à razão de 10% (dez por cento) ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, e 10% (dez por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios. § 1º A aplicação dos Fundos previstos neste artigo será regulada por lei complementar, que cometerá ao Tribunal de Contas da União o cálculo e a autorização orçamentária ou de qualquer outra formalidade, efetuando-se a entrega, mensalmente, através dos estabelecimentos oficiais de crédito. § 2º Do total recebido nos termos do parágrafo anterior, cada entidade participante destinará obrigatoriamente 50% (cinquenta por cento), pelo menos, ao seu orçamento de capital. § 3º Para os efeitos de cálculo da percentagem destinada

constitucional brasileira como importante instrumento de cooperação entre União e Estados-membros, tendo se verificado considerável ampliação dos seus percentuais de repasse no curso do processo de descentralização fiscal que marca a década de 1980.[40]

Na Constituição Federal de 1988, o FPE está previsto no art. 159. A disposição determina que a União *entregará* aos Estados e Municípios 48% do produto da arrecadação do IR e do IPI, sendo 21,5% para o FPE; 23,5% para o FPM e 3% para aplicação em programas de financiamento do setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, por meio de instituições financeiras de caráter regional.

O emprego do verbo "entregar" não é aleatório. A regra do art. 159 da Constituição – como, aliás, também a do art. 158 – estabelece mecanismo de divisão obrigatória do resultado da arrecadação tributária.[41] Assim, apesar de a União deter a competência relativa aos dois impostos mencionados, ela não faz jus à integralidade das receitas que esses tributos produzem. Parte desses recursos é de titularidade dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, que os recebem, por meio dos fundos, como participação sobre a arrecadação de impostos alheios[42].

A finalidade dos fundos de participação, FPE e FPM, na Constituição Federal de 1988 é dúplice: garantir autonomia financeira aos entes subnacionais e promover a equalização entre as diferentes regiões do país. Trata-se de assegurar aos Estados e ao Distrito Federal, no caso do FPE, recursos próprios e, na medida do possível, suficientes ao desempenho das competências constitucionais que lhes

---

aos Fundos de Participação exclui-se, do produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 8º, nº II, a parcela distribuída nos termos do art. 20, nº II."

[40] Cf. LOPREATO, Francisco Luiz Cazeiro. **O colapso das finanças estaduais e a crise da federação**. São Paulo: Unesp, Unicamp, 2002, p. 53, 102-107, *et passim*.

[41] Sobre as diferentes estratégias normativas de repartição de receitas entre os entes federados, Cf. CORREIA NETO, Celso de Barros. Repartição de Receitas Tributárias e Transferências Intergovernamentais. In: José Maurício Conti; Fernando Facury Scaff; Carlos Eduardo Faraco Braga. (Org.). **Federalismo Fiscal**: questões contemporâneas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 197-216.

[42] Cf. RUBINSTEIN, Flávio. A repartição de competências tributárias no Brasil sob a ótica da teoria normativa do federalismo fiscal. IN: VASCONCELLOS, Roberto França. **Direito Tributário: política fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 221.

foram atribuídas[43], além de proporcionar equilíbrio socioeconômico entre Estados e Municípios, na forma do art. 161, II, da Constituição.

Sérgio Prado explica que as transferências intergovernamentais têm papel importante no enfretamento de duas espécies problemas recorrentes nas federações: o “desequilíbrio vertical” e o “desequilíbrio horizontal”.[44] O problema do desequilíbrio horizontal decorre do fato de que é mais apropriado – leia-se: eficiente – atribuir os principais tributos aos governos de nível superior, especialmente ao governo central, que, no caso brasileiro, é representado pela União. Isso se justifica “tanto por motivos de eficiência na arrecadação como, principalmente, para evitar que impostos sobre fatores econômicos não fixos sejam utilizados como instrumentos de políticas regionais, gerando a chamada ‘guerra fiscal’”. Já as responsabilidades – os encargos administrativos – de prestar os principais serviços e desempenhar as funções públicas tendem a ser concentradas nos governos regionais (Estados) e locais (Municípios) também por razões de eficiência. Tal circunstância favorece o surgimento de um “gap vertical”, uma assimetria estrutural, na medida em que as receitas estão concentradas nos entes “acima” (União) e as despesas – e as atribuições – nos entes “abaixo” (Estados, Distrito Federal e Municípios).

O problema do desequilíbrio horizontal, por sua vez, é resultado dos diferentes níveis de desenvolvimento encontrados nas diversas regiões do país. A maior ou menor riqueza da uma região influencia, diretamente, sua capacidade fiscal, ou seja, a capacidade de arrecadar recursos com base nos seus próprios tributos. O exemplo do ISS, no Brasil, é particularmente ilustrativo. Somente nos municípios mais ricos é que esse imposto pode ser devidamente aproveitado.

Nesse contexto, as transferências intergovernamentais apresentam-se, assim, como instrumentos para o enfrentamento de ambos os problemas: a

---

[43] “Ao prescrever as competências de cada membro da federação a própria Constituição lhe atribui as rendas. [...] A só atribuição de competência – encargo – sem a designação dos recursos tornaria impossível a aplicação da norma de competência, em face da impossibilidade jurídica de integração de seu conteúdo por ato de interpretação”. IVO, Gabriel. **Constituição Estadual**: competência para elaboração da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.89.

[44] PRADO, Sérgio. **FPE – Equalização Estadual no Brasil – Alternativas e Simulações para a Reforma**. Vol. 1. S/l.: FGV Projetos/IDP , 2012, p. 15-18).

assimetria vertical, que se estabelece entre os diferentes níveis de governo – leia-se: União, Estados, Distrito Federal e Municípios – e a assimetria horizontal, isto é, diferenças existentes entre as diferentes regiões do país. Servem, portanto, para descentralizar receitas, transferindo-as do governo central para os governos regionais e locais – equilíbrio vertical –, e também para carrear recursos dos Estados e dos Municípios mais desenvolvidos para os mais carentes – equilíbrio horizontal –, fazendo com que recebam "recursos que elas mesmas não podem arrecadar, dadas a suas bases tributárias". [45]

No julgamento em comento, ganhou destaque o segundo objetivo: a função redistributiva, de equalização regional. A questão da omissão apresentou-se porque, embora a Constituição Federal de 1988 estabeleça as frações da arrecadação do IPI e do IR que cabem aos Estados e ao Distrito Federal, não traz previsão de percentuais individuais a que tem direito cada um dos entes subnacionais beneficiados pelo fundo. O estabelecimento da fórmula de rateio dos recursos do FPE cabe à lei complementar, observado o objetivo previsto no art. 161, II, da Constituição.

A decisão em análise discutiu precisamente as normas sobre o cálculo do rateio do FPE previstas na LC 62/1989. O art. 2º determinava que 85% dos recursos do fundo fossem destinados às unidades da federação integrantes das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e 15% às regiões Sul e Sudeste. Quanto à divisão dos recursos entre os diversos entes individualmente considerados, a lei dispunha que deveriam ser observados os coeficientes individuais fixos previstos no Anexo Único que dela fazia parte.

Inicialmente, os coeficientes deveriam vigorar apenas nos exercícios de 1990 e 1991. O art. 2º, § 2º, determinava que, a partir de 1992, novos critérios de rateio do fundo deveriam ser fixados em lei específica, com base na apuração do censo de 1990. A nova lei, contudo, não chegou a ser editada e, dessa forma, os

---

[45] PRADO, Sérgio. **FPE – Equalização Estadual no Brasil – Alternativas e Simulações para a Reforma**. Vol. 1. S/l.: FGV Projetos/IDP , 2012, p. 15-18). Ver também: TER-MINASSIAN, Teresa. Intergovernmental Fiscal Relations in a Macroeconomics Perspective: an overview. In: TER-MINASSIAN, Teresa. **Fiscal Federalism in Theory and Pratice**. Washington: International Monetary Fund, 1997.

coeficientes, que eram a princípio temporários, permaneceram em vigor por mais de vinte anos.

Aqui está o cerne da questão constitucional discutida. A forma de rateio dos recursos do FPE prevista na LC 62/1989, com base em índices fixos, estaria em desacordo com a missão constitucional do FPE. A fórmula de partilha prevista na lei não seria apta a produzir o efeito redistributivo que lhe foi designado pelo constituinte: transferir recursos dos entes mais prósperos para os mais necessitados. Essa conclusão no julgamento, no entanto, não decorreu do mero cotejo entre o texto da lei e o da Constituição. A fundamentação adotada na ADI 875 deu particular importância à mudança de contexto social e econômico pela qual passou a federação brasileira nas últimas duas décadas.

Entendeu o Tribunal que os coeficientes individuais que foram estabelecidos na LC 62/1989, por meio de acordo político, há praticamente duas décadas, não mais refletiam a realidade socioeconômica vivenciada pelos Estados brasileiros hoje e, portanto, não seriam capazes de realizar o objetivo institucional do FPE, que é reduzir as desigualdades entre as diferentes unidades federadas. O cenário econômico inicialmente retratado pela lei complementar deixou de existir, alterou-se. Por isso, se um dia os coeficientes estiveram em consonância com o texto constitucional, a alteração do quadro fático os teria tornado inconstitucionais, porque incapazes de atender ao escopo redistributivo da lei.

Essa forma de argumentar não prescinde da análise do contexto em que se insere a lei impugnada, nem do escopo constitucional a que se volta. Em rigor, a conclusão a que chegou o STF, na ADI 875, foi que, no cenário atual, a LC 62/1989 não poderia atingir, em termos concretos, o objetivo constitucional que justificou sua edição. E essa foi a razão pela qual a lei foi declarada inconstitucional.

5. TÉCNICA DE DECISÃO

O terceiro aspecto destacado é a solução adotada no acórdão. Constatado o descompasso entre as disposições impugnadas e a norma constitucional, restou ao Tribunal definir o caminho a ser adotado para a superação do estado de

inconstitucionalidade, visto que a mera declaração de nulidade da LC 62/1989 tornaria ainda mais grave o problema.

A saída foi declarar a inconstitucionalidade da lei sem pronúncia de nulidade. O Tribunal usou da prerrogativa que lhe confere o art. 27 da Lei n. 9.868/1999, que lhe permite, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, diante de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir "os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado". Nesse caso, o momento fixado foi 31 de dezembro de 2012. Somente a partir dessa data a declaração de nulidade surtiria seus efeitos.

A dificuldade enfrentada pelo Tribunal para solucionar o estado de inconstitucionalidade com que deparou é típica das situações de omissão parcial, nas quais o Tribunal Constitucional vê-se diante do risco de que determinado provimento judicial conduza ao "vácuo legislativo" e, assim, acabe agravando o vício de inconstitucionalidade que se propõe a combater. [46]

No caso da Lei Complementar n. 62/89, a nulidade dos coeficientes de repasse nela previstos deixaria o FPE sem critério de rateio e inviabilizaria, por conseguinte, o repasse dos recursos que formam o fundo. Não caberia, por outro lado, ao Tribunal criar novos critérios para substituir os previstos na Lei Complementar n. 62, de modo a atuar como legislador positivo, em lugar do Congresso Nacional. Daí a opção pela declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, mediante a fixação de prazo para que o Poder Legislativo sanasse a omissão.

Técnica de decisão semelhante foi adotada, por exemplo, no julgamento da ADI 2.240, de relatoria do Ministro Eros Grau. No caso, a ação direta foi julgada

---

[46] A propósito da inconstitucionalidade por omissão no ordenamento português, afirma Carlos Blanco de Morais: "De acordo com o n. 1º do art. 283.º da CRP, a inconstitucionalidade por omissão ocorre quando o legislador não aprova leis tidas como necessárias para dar exequibilidade a normas constitucionais não exequíveis por si próprias, de carácter preceptivo ou programático. Trata-se de *uma inconstitucionalidade sem sanção*, pois o Tribunal Constitucional limita-se a verificar o não cumprimento omissivo da Constituição e dar, desse facto, conhecimento ao órgão legislativo competente." MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Coimbra editora, 2002, p. 135 (grifos originais).

procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães.

6. CONSEQUÊNCIAS DO JULGAMENTO

Apesar dos esforços por parte do Congresso Nacional, o prazo fixado pelo STF expirou em 31 de dezembro de 2012 sem que a nova lei complementar fosse editada.

Diante da iminência de interrupção dos repasses do FPE, em 21 de janeiro de 2013, os Governadores dos Estados da Bahia, do Maranhão, de Minas Gerais e de Pernambuco ajuizaram ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO 23 – a fim de requerer, em sede de liminar, que o Tribunal mantivesse provisoriamente a vigência dos dispositivos da Lei Complementar n. 62/89 anteriormente declarados inconstitucionais, até que o órgão omisso adotasse as providências necessárias para disciplinar a matéria.

A liminar foi deferida, monocraticamente, pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no exercício da presidência, em 24 de janeiro de 2013. A decisão garantiu, *ad referendum* do Plenário, aos Estados e ao Distrito Federal o repasse, pela União, das verbas do FPE, em conformidade com os critérios anteriormente vigentes, por mais 150 dias.

Em 18 de julho de 2013, foi editada a Lei Complementar n. 143/2013, que alterou a LC 62/89 e trouxe nova disposição sobre os critérios do FPE, ao incluir a fixação de coeficientes individuais de participação dos Estados e do Distrito Federal, aplicáveis até 31 de dezembro de 2015.

A partir de 2016, cada entidade beneficiária receberá valor igual ao que foi distribuído no correspondente decêndio do exercício de 2015, corrigido pela variação acumulada do IPCA e pelo percentual equivalente a 75% da variação real do PIB do ano anterior ao ano considerado para base de cálculo. Também a partir do mesmo ano a parcela que superar o montante especificado no inciso II será

distribuída proporcionalmente a coeficientes individuais de participação obtidos a partir da combinação de fatores representativos da população e do inverso da renda domiciliar *per capita* da entidade beneficiária, nos termos definidos na lei.

7. ADI 5.069 CONTRA A NOVA LEI DO FPE

A nova lei, no entanto, também não ficou livre de questionamentos judiciais. Em 25 de novembro de 2013, o Governador do Estado de Alagoas ajuizou a ADI 5.069, contra as alterações promovidas pela LC 143/2013 na LC 62/1989.

Os fundamentos jurídicos utilizados na ação são, em parte, similares àqueles que justificaram a declaração de inconstitucionalidade da legislação anterior. Na inicial, afirma-se que a nova lei prorrogou, até 31.12.2015, a vigência dos coeficientes individuais já declarados inconstitucionais pelo STF, no julgamento da ADI 875, e acabou por transformá-los em piso para os repasses, a partir de 2016. Além disso, a nova fórmula de rateio, a ser implementada também a partir de 2016, está subordinada à realização de condição futura e, até certo ponto, incerta, que é o crescimento econômico.

Com base nesses fundamentos, pede o Estado autor que a ação seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 2º, incisos I, II e III, primeira parte, isto é, a expressão "também a partir de 1º de janeiro de 2016, a parcela que superar o montante especificado no inciso II", bem como do § 2º e o Anexo Único da Lei Complementar 62/1989, com redação dada pela LC 143/2013.

A ADI é de relatoria do Ministro Dias Toffoli, que aplicou o procedimento abreviado do art. 12 da Lei n. 9.868/99.

A Procuradoria-Geral da República opinou, em 15.12.2014, pela improcedência da ação. O parecer chama atenção para a necessidade de implementação gradativa dos novos critérios de partilha previstos na LC 143/2013, uma vez que "o quadro de transferências se consolidou ao longo dos anos e se

refletiu sobre expectativas de receita de Estados e do Distrito Federal, os quais projetam seus orçamentos de acordo com ingressos de exercícios anteriores."[47]

Assim, a nova regra, que resultou de intensos debates no Congresso Nacional, foi a construção legislativa possível, diante de um cenário político e econômico complexo. Vale dizer, a "norma em vigor provavelmente não será perfeita, mas é a que surgiu do consenso possível do Parlamento." Daí se afirmar no parecer:

> A adoção gradual de critérios flexíveis atrelados à inflação (IPCA), ao crescimento do PIB, ao crescimento populacional e ao inverso da renda domiciliar per capita, conquanto possa não ser o ideal, impacta de forma menos gravosa os atuais repasses do FPE e permite adaptação lenta e o menos traumática possível às diretrizes propostas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 875/DF.
>
> Em resumo, a Lei Complementar 62, de 28 de dezembro de 1989, na redação conferida pela Lei Complementar 143, de 17 de julho de 2013, atende aos requisitos do art. 161, II, da Constituição da República, por permitir promoção de equilíbrio socioeconômico entre os componentes da Federação.

Boa parte da doutrina defende o contrário. Entende que a nova lei repetiu os erros da anterior. É o que afirma Matheus Carneiro Assunção, ao assinalar que a LC n. 143/2013, assim como a antecessora, não se encaminhou no sentido de promover uma real mudança na distribuição de recursos, tampouco a necessária redução das desigualdades regionais. Assevera o autor, a propósito da nova legislação:

> *ratio decidendi* do STF no julgamento da ADI nº 875 acabou sendo completamente ignorada no processo legislativo da LC nº 143/2013. Os atuais critérios de rateio, reproduzindo a mesma trajetória do modelo declarado inconstitucional pelo STF, evidenciam baixa aptidão para promover efetivas reduções das desigualdades regionais e equalizações econômico-financeiras na realidade dos Estados. A conjugação de fatores representativos da população e do inverso da renda domiciliar per capita da entidade beneficiária (a partir de 2016), aplicada somente à parte que superar o patamar definido com base nos coeficientes estáticos da LC nº 62, em suma,

[47] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.609**. Parecer da Procuradoria-Geral da República. 15.12.2014.

> traz “mais do mesmo”, consagrando um quadro de inconstitucionalidade persistente.[48]

Na mesma linha, Isaias Coelho aduz que a “nova lei tem todos os defeitos da anterior, e mais alguns”, na medida em que revela o claro propósito de “manter o mais possível o sistema atual dando a impressão de que o reformava”. [49] Entre as novidades, destaca o estabelecimento de piso para as transferências, que não tem precedente na legislação anterior. “O mais estranho é que, pela primeira vez, a União aceitou estabelecer um piso ou mínimo para a distribuição do FPE”, diz o autor. “Teria a União que encontrar outros recursos para suprir eventual insuficiência do FPE? Tal possibilidade não encontra precedente. Tampouco tem lógica.”, conclui.

O caso, como se sabe, não foi ainda a julgamento. Mas a propositura da ação direta – ADI 5069 – chama atenção pela singular oportunidade que proporciona ao Tribunal de revisitar o tema julgado na ADI 875 e, sobretudo, de avaliar o efetivo atendimento por parte do Congresso Nacional dos parâmetros jurídicos definidos nessa decisão.

Há, contudo, uma diferença importante entre esse caso (ADI 5069) e o anterior (ADI 875). É que, no julgamento da ADI 875, a procedência da ação e a pronúncia de nulidade, ainda que com efeitos *ex nunc*, deixaria o FPE imediatamente sem critério de rateio, agravando o estado de inconstitucionalidade que o Tribunal pretendia combater.

No caso da ADI 5069, a situação é outra. A eventual procedência da ação não deixará necessariamente o fundo sem parâmetros para o rateio dos recursos, como antes. A nova redação do inciso III do art. 2º da LC 62/1989, dada pela LC 143/2013, traz critérios de repartição, que são fatores representativos da população e do inverso da renda domiciliar per capita da entidade beneficiária, previstos, respectivamente, nas alíneas *a* e *b* do art. 2º, II, da lei. O problema é que esses

---

[48] ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Novos critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – Inconstitucionalidade persistente?. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 109-116, mar./ago. 2014.

[49] COELHO, Isaias. Reforma do FPE sai tardia e imperfeita. **Revista Consultor Jurídico**, 18 de julho de 2013. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-jul-18/isaias-coelho-reforma-fundo-participacao-sai-tardia-imperfeita.

critérios de partilha só se aplicam, grosso modo, à "parcela que superar o montante especificado no inciso II", que é dividida segundo os coeficientes individuais de participação dos Estados e do Distrito Federal no FPE constantes do Anexo Único da Lei Complementar, os mesmos já declarados inconstitucionais pelo STF.

Assim, no julgamento da ADI 5069, caso o Tribunal decida pela procedência da ação, pode simplesmente declarar a inconstitucionalidade da previsão dos incisos I e II do art. 2º, que, de certo modo, perpetuam a fórmula de partilha anterior e determinar, por outro lado, a aplicação dos critérios previstos no art. 2º, III, a e b, sobre o montante total do FEP, adotando a necessária modulação de efeitos pelo prazo que julgar adequado. Essa opção, bem se vê, não havia quando do julgamento da ADI 875, já que a LC 62/1989 não trazia verdadeiramente critérios de rateio, a não ser os coeficientes fixos que o STF considerou inconstitucional. Dessa forma, o Tribunal escaparia de um novo apelo ao legislador, que poderia arriscar a autoridade e a eficácia da decisão da Corte.

Seja como for, o novo julgamento da lei do Fundo de Participação dos Estados certamente poderá, certamente, contribuir de maneira significativa para a compreensão e o aprimoramento dos instrumentos de superação das omissões inconstitucionais no direito brasileiro.

CONCLUSÃO

O julgamento da ADI 857 apontou três diretrizes importantes para a jurisprudência do STF. A primeira está na superação da rígida divisão entre ADI e ADO pela adoção da tese da fungibilidade. Foi isso que permitiu, no caso analisado, o conhecimento de todas as ações propostas e seu julgamento em conjunto, a despeito das relativas diferenças de objeto e fundamentação.

A segunda diretriz está nos fundamentos adotados pelo Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade. Não se limitou a decisão ao cotejo entre o texto da lei complementar e o da Constituição Federal. A fundamentação adotada abriu-se ao exame do contexto socioeconômico da lei impugnada em contraste com o objetivo jurídico que a Constituição atribuiu ao FPE. Considerou que a norma tornou-

se inconstitucional pela alteração do substrato socioeconômico sobre o qual deveria incidir.

A terceira está na técnica de decisão. A opção pela declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade justificou-se diante da natureza do vício atacado, a inconstitucionalidade por omissão parcial. O Tribunal teve, então, que constituir uma solução que, de um lado, não agravasse a questão constitucional apresentada – como seria a pura cassação dos critérios do FPE – e, de outro, não avançasse sobre as competências do Congresso Nacional. E foi a decisão que impulsionou a edição da LC 143/2013, hoje vigente.

Esses três aspectos fazem do julgamento da ADI 875 um precedente importante quando se trata de compreender a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Novos critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – Inconstitucionalidade persistente?. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 109-116, mar./ago. 2014

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 875**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 24.2.2010.

______. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.069.** Petição Inicial. Relator Ministro Dias Toffoli.

COELHO, Isaias. Reforma do FPE sai tardia e imperfeita. **Revista Consultor Jurídico**, 18 de julho de 2013. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-jul-18/isaias-coelho-reforma-fundo-participacao-sai-tardia-imperfeita.

CONTI, José Maurício. **Federalismo Fiscal e Fundos de Participação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Repartição de Receitas Tributárias e Transferências Intergovernamentais. In: José Maurício Conti; Fernando Facury Scaff; Carlos Eduardo Faraco Braga. (Org.). **Federalismo Fiscal**: questões contemporâneas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

LOPREATO, Francisco Luiz Cazeiro. **O colapso das finanças estaduais e a crise da federação**. São Paulo: Unesp, Unicamp, 2002.

IVO, Gabriel. **Constituição Estadual**: competência para elaboração da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Max Limonad, 1997.

MENDES, Gilmar. O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa. IN: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs). **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Coimbra editora, 2002.

PRADO, Sérgio, **FPE – Equalização Estadual no Brasil – Alternativas e Simulações para a Reforma**, vol. 1, S/l.: FGV Projetos/IDP , 2012.

RUBINSTEIN, Flávio. A repartição de competências tributárias no Brasil sob a ótica da teoria normativa do federalismo fiscal. IN: VASCONCELLOS, Roberto França. **Direito Tributário**: política fiscal. São Paulo: Saraiva, 2009.

TER-MINASSIAN, Teresa. Intergovernmental Fiscal Relations in a Macroeconomics Perspective: an overview. In: TER-MINASSIAN, Teresa. **Fiscal Federalism in Theory and Pratice.** Washington: International Monetary Fund, 1997.

AS COMPETÊNCIAS ESTADUAIS REVISITADAS: ANÁLISE DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 47, DE 2012

Clay Souza e Teles[50]

João Trindade Cavalcante Filho[51]

INTRODUÇÃO

No sistema brasileiro de repartição de competências – influenciado, simultaneamente, pelos modelos americano, alemão[52] e indiano[53] – cabe aos Estados-membros legislar sobre: temas de sua competência exclusiva (por exemplo, como no caso previsto no § 2º do art. 25 da Constituição Federal – CF); as competências que não forem atribuídas a outras entidades federativas, no exercício da chamada competência reservada (CF, art. 25, § 1º); as matérias objeto de competências concorrentes, tanto de forma suplementar quanto supletiva (CF, art. 24, especialmente §§ 1º a 4º).

A partir dessa exposição, pode parecer que os Estados-membros possuem um amplo leque de competências legislativas, a fim de exercerem o poder de autolegislação que lhe foi atribuído pelo constituinte originário. Ao se analisar, contudo, detidamente a questão, chega-se à conclusão exatamente inversa: a competência estadual é extremamente restrita.

Em primeiro lugar, porque, no âmbito da competência concorrente, cabem-lhes apenas as normas específicas, em regra. E o Supremo Tribunal Federal (STF), por apresentar uma nítida tendência centralista – mitigada, é verdade, em

---

[50] Mestre em Poder Legislativo pelo Centro de Formação e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília. Consultor Legislativo do Senado Federal, na área de Direito Constitucional, Administrativo e Processo Legislativo.

[51] Mestre e Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Consultor Legislativo do Senado Federal, na área de Direito Constitucional, Administrativo e Processo Legislativo. Professor de Direito Constitucional em cursos de Graduação e Pós-Graduação.

[52] Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2006, p. 477.

[53] Cf. KANTH, T. Krishna; KUMARI, K. Lalita. **Indian Federalism – its dynamics and salient features: a comparative analysis.** *In*: RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalista Atual.** Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 563.

recentes julgados, como, por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.060[54] – tende a invalidar leis estaduais por considerar que instituíram normas gerais[55].

Além disso, as competências expressamente atribuídas pela CF à União e aos Municípios são numerosas e extensas, de modo que as tarefas “reservadas” aos Estados restam poucas. Sobre o tema, Fernanda Dias Menezes de Almeida destaca “a vastidão das matérias” de competência legislativa da União[56]. E, para Elival da Silva Ramos, “o rol de competências legislativas da União é exageradamente amplo e, sendo assim, o que sobra como resíduo [para os Estados] é muito pouco”[57].

Demais disso, é preciso levar em conta que a esfera de atuação dos entes de segundo grau é ainda limitada pela adoção, entre nós, da teoria americana dos poderes implícitos[58], o que termina por relativizar a regra segundo a qual as competências implícitas caberiam aos caberiam aos Estados[59].

Nesse sentido, Alexandre de Moraes sustenta que:

> Ao verificarmos as matérias do extenso rol de 29 incisos e um parágrafo do artigo 22 da Constituição Federal 88, é facilmente perceptível o desequilíbrio federativo no tocante à competência legislativa entre União e Estados-membros, uma vez que, há a previsão de quase a totalidade das matérias legislativas de maior importância para a União (direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho, desapropriação, águas, energia, informática, telecomunicações, radiodifusão, serviço postal, comércio exterior e interestadual, diretrizes da política nacional de transportes, regime de portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial, trânsito e transporte, diretrizes e bases da educação nacional, registros públicos, etc).

---

[54] Cf. STF, Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.060/SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 04.05.2015.

[55] Cf. RAMOS, Elival da Silva. **Autonomia do Estado-membro no Federalismo Brasileiro.** *In*: CAGGIANO, Monica Herman; RANIERI, Nina (orgs.). A**s Novas Fronteiras do Federalismo.** São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008, p. 170.

[56] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 85.

[57] RAMOS, Elival da Silva. **Op. Cit.**, p. 170.

[58] A título de exemplo, cf. STF, Pleno, ADI nº 2.995/PE, Relator Ministro Celso de Mello, DJe de 28.09.2007.

[59] Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2010, p. 292.

> Além disso, a tradicional interpretação política e jurídica que vem sendo dada ao artigo 24 do texto constitucional, no sentido de que nas diversas matérias de competência concorrente entre União e estados, pode discipliná-las quase integralmente, teremos o resultado da diminuta competência legislativa dos Estados-membros; gerando a excessiva centralização nos poderes legislativos na União, o que caracteriza um grave desequilíbrio federativo[60].

Nesse sentido, o autor citado considera ser possível

> (...) a edição da emenda constitucional com a migração de algumas competências definidas atualmente como privativas da União para o rol de competências remanescentes dos Estados-membros e outras para as competências concorrentes entre União e Estados-membros, para que nesses assuntos, as peculiaridades regionais sejam consideradas[61].

Como se não bastasse, ainda temos as origens históricas da Federação brasileira, cuja tradição centralista difere da origem soberana dos Estados-membros da federação americana[62].

É nesse contexto que surge a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 47, de 2012, de autoria de quatorze das Assembleias Legislativas dos Estados da Federação (CF, art. 60, III), e que busca, entre outros aspectos, ampliar as competências estaduais[63].

Neste artigo, analisaremos o mérito da citada PEC, perquirindo sobre a conveniência, oportunidade e viabilidade jurídica das alterações nela pretendidas. Não será objeto de nosso estudo a parcela da proposição que pretende alterar outros aspectos do ordenamento constitucional, tais como as regras de iniciativa privativa de projetos de lei, na esfera federal.

---

[60] MORAES, Alexandre de. **Federação brasileira – necessidade de fortalecimento das competências dos Estados-membros.** In: Liberdade e Cidadania, ano II, n. 7, janeiro/março de 2010, p. 17.

[61] Idem, ibidem, p. 18.

[62] Cf. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; COUTO, Monica Bonetti. **O Federalismo Brasileiro.** *In*: RAMOS, Dircêo Torrecillas. **Op. Cit.**, p. 491.

[63] Ressalte-se que, em outros países que adotam a forma federativa de Estado, os poderes dos Estados-membros são muitas vezes bem mais dilatados que no Brasil. É exemplo sempre citado o caso dos Estados Unidos da América. Cf. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Pacto Federativo.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 29.

Principiaremos por uma exposição descritiva da PEC, para, num segundo momento, avaliar – à luz, inclusive, de subsídios históricos – o mérito das alterações. Ao final, apresentaremos uma síntese conclusiva na forma de balanço das modificações propostas.

BREVE APRESENTAÇÃO DO CONTEÚDO DA PEC Nº 47, DE 2012

A PEC nº 47, de 2012, é o primeiro e único caso[64] da história republicana, até o momento, em que foi exercida a prerrogativa[65] das Assembleias Legislativas de apresentarem proposições para a reforma constitucional. Esse poder – previsto inicialmente no art. 90 da Constituição Republicana de 1891 – hoje é previsto no inciso III do art. 60 da CF. Esse fato, por si só, já demonstra a importância do tema para a análise do quadro atual das competências estaduais.

A citada proposição transfere matérias de competência legislativa privativa da União para a competência legislativa concorrente com Estados e Distrito Federal. Ou seja, no que diz respeito a tais matérias, a União passará a editar apenas normas gerais, suplementadas pelas unidades da federação. Coaduna-se, portanto, com a lição de parte da doutrina, para quem "algumas [das competências privativas da União] poderiam ter sido transferidas com proveito para a órbita das competências concorrentes ou para a órbita da competência privativa dos outros entes federados"[66].

A PEC também delimita o conceito de normas gerais tratado pelo art. 24 da Constituição de 1988 e cria mecanismo para contornar a iniciativa reservada do Presidente da República.

O quadro comparativo abaixo transcreve as alterações pretendidas pela proposição. Nos casos em que a PEC altera o texto de dispositivos existentes, o que

---

[64] Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo Legislativo Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 161.
[65] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 64.
[66] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Op. Cit.**, p. 85.

é suprimido ou acrescentado é grifado, respectivamente, no texto em vigor e no texto proposto.

Quadro 1 – Quadro comparativo da PEC nº 47, de 2012

Texto Vigente	PEC Nº 47, DE 2012
Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:	**Art. 22.** ....
I – direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, **agrário**, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;	I – direito civil, comercial, penal, eleitoral, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
XI – trânsito e transporte;	(revogado)
XXIV – diretrizes e bases da educação nacional;	(revogado)
XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;	(revogado)
XXIX – propaganda comercial.	(revogado)
Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:	**Art. 24.** ....
XI – **procedimentos em matéria processual**;	XI – direito processual;
XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;	XII – previdência social, **assistência social**, proteção e defesa da saúde;

Texto Vigente	PEC Nº 47, DE 2012
(novo)	XVII – licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;
(novo)	XVIII – propaganda comercial.
(novo)	XIX – trânsito e transporte;
(novo)	XX – direito agrário.
(novo)	§ 2º As normas gerais versam sobre princípios, diretrizes e institutos jurídicos.
§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.	§ 3º Compete aos Estados e ao Distrito Federal suplementar as normas gerais no que for de predominante interesse regional.
§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.	§ 4º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados **e o Distrito Federal** exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.	§ 5º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual **ou distrital**, no que lhe for contrário.

Texto Vigente	PEC Nº 47, DE 2012
Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.	**Art. 61.** ....
(novo)	§ 2º Mediante proposta da maioria dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional, poderá ser apresentado projeto de lei que verse sobre matéria de iniciativa privativa do Presidente da República, exceto quanto à criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública e quanto às matérias previstas no art. 165.
Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.	**Art. 220.** ....
§ 3º Compete à lei **federal**:	§ 3º Compete à lei:
I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;	I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, **os** locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

Texto Vigente	PEC Nº 47, DE 2012
II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.	II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Fonte: elaboração própria.

Conforme advertimos na introdução, ateremos nossa análise aos aspectos que ampliam as competências legislativas estaduais, especialmente em relação às pretendidas alterações nos arts. 22 e 24 da CF.

Diante disso, o próximo tópico examina a alteração que delimita o que seriam as normas gerais editadas pela União em matéria de competência concorrente, e os tópicos subsequentes analisam as modificações na competência legislativa sobre: direito processual; direito agrário; trânsito e transporte; propaganda comercial; assistência social; educação e normas sobre licitações.

LIMITAÇÃO DO ALCANCE DAS NORMAS GERAIS EDITADAS PELA UNIÃO NAS MATÉRIAS DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE (NOVA REDAÇÃO PARA O ART. 24, § 2º)

A nova redação do § 2º do art. 24, nos termos propostos pela PEC nº 47, de 2012, limita as normas gerais editadas pelo Congresso Nacional a princípios, diretrizes e institutos jurídicos. As autoras da PEC em exame justificam a alteração com o objetivo de “dar contornos mais nítidos ao que sejam normas gerais. Tal alteração se impõe diante de recorrentes injunções indevidas da União no domínio legiferante dos Estados, a pretexto de estabelecer normas gerais”.

Louvável a preocupação das autoras da PEC em criar disposição expressa sobre o tema. Afinal, é complexa a definição do que seriam as normas gerais e as normas específicas sobre determinada matéria objeto de competência legislativa concorrente. Reside um desafio interpretativo na competência legislativa concorrente quanto ao delineamento dos limites entre a competência legislativa da União (normas gerais) e a dos Estados e do Distrito Federal (normas específicas). A literatura, de forma geral, define as normas gerais nacionais como dotadas de maior grau de abstração, que orientam a ação do legislador estadual, sem adentrarem em pormenores:

> José Afonso da Silva observa que as normas gerais “não regulam diretamente situações fáticas, porque se limitam a definir uma normatividade genérica a ser obedecida pela legislação específica federal, estadual e municipal: direito sobre direito, normas que traçam diretrizes, balizas, quadros, à atuação legislativa daquelas unidades da Federação” (*Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 280). Ainda na vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, Elival da Silva Ramos sustentava: “Embora o conceito de normas gerais seja timbrado por uma certa dose de imprecisão, não faculta ao legislador federal a regulação exaustiva da matéria, posto que importa em circunscrever as normas federais ao campo da generalidade, dos princípios básicos" (Normas gerais de competência da União e competência supletiva dos Estados: a questão dos agrotóxicos. In: *Revista de Direito Público*. ano XIX, n. 77, jan/mar 1986, p. 130). Manoel Gonçalves Ferreira Filho, não sem reconhecer a dificuldade de se discernir, nos casos concretos, as normas gerais das particularizantes, também identifica as primeiras com “princípios, bases e diretrizes que hão de presidir todo um subsistema jurídico” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 1, p. 195). Para Uadi Lammêgo Bulos, “normas gerais são declarações principiológicas, dirigidas aos legisladores, condicionando-lhes a ação legiferante. Recebem a adjetivação de ‘gerais’, porque possuem um alcance maior, uma generalidade e abstração destacadas, se comparadas àquelas normatividades de índole local. Consequência disso, elas não se prestam a detalhar minúcias, filigranas ou pormenores” (*Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 575). Walber de Moura Agra, citando o estudo de Moreira Neto, assinala que as normas gerais não podem ser exaustivas, “devendo apresentar acentuado critério de generalidade e abstração” (Delineamento das competências federativas no Brasil. In: NOVELINO, Marcelo; ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria do Estado*. Salvador: Juspodium, 2009, p. 202). André Luiz Borges Netto, igualmente apoiado no estudo de Moreira Neto, sustenta que as normas gerais “são preceitos jurídicos editados pela União Federal,

> no âmbito de sua competência legislativa concorrente, restritos ao estabelecimento de diretrizes nacionais e uniformes sobre determinados assuntos, sem descer a pormenores ou detalhes” (*Competências Legislativas dos Estados Membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 135-6). Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, normas gerais são “normas não-exaustivas, leis-quadro, princípios, amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores” (In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 775). E Paulo Luiz Neto Lobo afirma que as normas gerais estabelecem princípios fundamentais e pressupostos a serem observados pela legislação específica estadual, não podendo ser exaustivas (Competência Legislativa concorrente dos Estados na Constituição de 1988. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 26, n. 101, jan/mar. 1989, p. 98).[67].

Renato Monteiro de Rezende[68], após extensa análise da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, assim conclui sobre a delimitação das competências da União e dos Estados nas matérias do art. 24 da Lei Maior:

> (i) as normas gerais nem sempre podem ser identificadas com princípios ou diretrizes com alto grau de abstração;
>
> (ii) a competência da União para editar normas gerais se destina a promover a **regulação uniforme, no território nacional, de determinadas matérias**, seja pela necessidade de se resguardarem valores constitucionais relacionados à segurança jurídica e ao equilíbrio federativo, seja pela simples inexistência de situações de fato peculiares em nível estadual que justifiquem a regulação jurídica diversificada;
>
> (iii) o atendimento das condições mencionadas no item anterior é de fácil constatação em normas com elevado grau de abstração, o que ajuda a compreender o porquê da errônea associação necessária entre norma geral e princípio;
>
> (iv) o objetivo precípuo da competência concorrente dos Estados é a disciplina de peculiaridades que justificam o tratamento legislativo específico de determinadas matérias em seus territórios, com a complementação das normas gerais editadas pela União, e mesmo a incursão no campo material reservado a essas normas, no caso de inércia do legislador nacional;

---

[67] REZENDE, Renato M. de. **Normas Gerais Revisitadas: A Competência Legislativa em Matéria Ambiental.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, 2013, p. 15-16. Disponível em: < http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-121-normas-gerais-revisitadas-a-competencia-legislativa-em-materia-ambiental>. Acesso em: 1º.6.2015.

[68] REZENDE, Renato M. **Op. cit.**

> (v) a distinção entre normas gerais e normas específicas e, por conseguinte, a delimitação dos âmbitos de atuação legislativa da União e dos Estados devem levar em conta, antes de tudo, os fatores indicados nos itens *ii* e *iv*[69] [grifamos].

Diante do exposto, considerada a dificuldade de estabelecer solução apriorística para indicar quais normas seriam consideradas gerais ou específicas, a intenção de definir critérios para o estabelecimento de normas gerais pela União mostra-se benéfica, em tese.

Todavia, acreditamos que a alteração proposta, nos termos em que foi redigida, pode acarretar insegurança jurídica em questão cuja doutrina e a jurisprudência vêm se debruçando desde o regime constitucional anterior a 1988. A definição proposta para o art. 24, § 2º, embora supra uma omissão existente, não se mostra apta a traçar nitidamente os limites entre a competência da União e a dos entes subnacionais. É de se supor que, invariavelmente, seria arguida a inconstitucionalidade de normas editadas pelo Congresso Nacional ou pelas Assembleias Legislativas que, supostamente, não respeitariam a fronteira um tanto vaga composta de *princípios, diretrizes e institutos jurídicos*.

Além disso, a alteração potencialmente retira da União a possibilidade de regular os pormenores de matérias que, por suas características, mereceriam tratamento uniforme em todo o território nacional.

Assim sendo, embora realmente exista divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, a aprovação da nova redação proposta pela PEC para o art. 24, § 2º, pode trazer mais dificuldades hermenêuticas do que ganhos de segurança e previsibilidade.

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE EM DIREITO PROCESSUAL

Nos termos da PEC, a competência legislativa concorrente para dispor sobre procedimentos em matéria processual (CF, art. 24, XI) é substituída por

---

[69] *Idem*, *ibidem*, p. 31.

aquela acerca de direito processual, matéria que atualmente é objeto de legislação privativa da União (art. 22, I).

Há algumas decisões do STF conformando o espaço de atuação dos Estados na matéria. Segundo a Corte, por exemplo, a unidade da federação não invade competência da União ao editar legislação suplementar sobre inquérito, ou ao apenas indicar como determinado processo existente será executado[70].

Por outro lado, há vasta jurisprudência do STF declarando a inconstitucionalidade de leis estaduais que teriam invadido a competência privativa da União sobre direito processual. Pode-se até afirmar que o Pretório Excelso é restritivo quanto ao que seria a competência estadual e distrital para legislar sobre procedimentos em matéria processual. A título de exemplo, podemos mencionar leis estaduais sobre: processo e julgamento de crimes de responsabilidade; nova hipótese de prioridade de tramitação processual; uso de videoconferência para interrogatório do réu[71].

---

[70] (...) A legislação que disciplina o inquérito policial não se inclui no âmbito estrito do processo penal, cuja competência é privativa da União (art. 22, I, CF), pois **o inquérito é procedimento subsumido nos limites da competência legislativa concorrente, a teor do art. 24, XI, da Constituição Federal de 1988, tal como já decidido reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal**. (...) (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 2.886, Relator: Min. Eros Grau, Relator para Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2014, DJe 04/08/2014) (...) O Estado do Rio de Janeiro disciplinou a homologação judicial de acordo alimentar nos casos específicos em que há participação da Defensoria Pública, **não estabelecendo novo processo, mas a forma como este será executado**. Lei sobre procedimento em matéria processual. 4. A prerrogativa de legislar sobre procedimentos possui o condão de transformar os Estados em verdadeiros "laboratórios legislativos"**. Ao conceder-se aos entes federados o poder de regular o procedimento de uma matéria, baseando-se em peculiaridades próprias, está a possibilitar-se que novas e exitosas experiências sejam formuladas**. Os Estados passam a ser partícipes importantes no desenvolvimento do direito nacional e a atuar ativamente na construção de possíveis experiências que poderão ser adotadas por outros entes ou em todo território federal. (...) (ADI nº 2.922, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2014, DJe 29/10/2014).

[71] (...) 1. A competência para dispor legislativamente sobre **processo e julgamento por crimes de responsabilidade é privativa da União, que o fez por meio da Lei 1.079/50, aplicável aos Governadores e Secretários de Estado**, razão pela qual são inconstitucionais as expressões dos arts. 54 e 89 da Constituição do Estado do Paraná que trouxeram disciplina discrepante na matéria, atribuindo o julgamento de mérito de imputações do tipo à Assembleia Legislativa local. Precedentes. (...) (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.791, Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2015, DJe 23/04/2015). (...) Fixação de **nova hipótese de prioridade, em qualquer instância, de tramitação processual para as causas em que for parte mulher vítima de violência doméstica**. Vício formal. Procedência da ação. 1. A definição de regras sobre a tramitação das demandas judiciais e sua priorização, na medida em que reflete parte importante da prestação da atividade jurisdicional pelo Estado, é aspecto abrangido pelo ramo processual do Direito, cuja positivação foi atribuída pela Constituição Federal privativamente à União

A mudança veiculada na PEC nº 47, de 2012, é positiva ao abrir às unidades da federação a possibilidade de legislar sobre peculiaridades que extrapolam os procedimentos em matéria processual. A própria distinção entre “direito processual” e “procedimentos em matéria processual” já é, por si só, objeto de controvérsia. Muitas vezes, por exemplo, existe certa “discricionariedade judicial” na delimitação dessa fronteira[72]. Ademais, é por vezes dificultoso distinguir, na legislação federal, quais as normas sobre direito processual – e que são privativas da União – daquelas que trazem normas gerais sobre procedimentos – e em relação às quais os Estados podem produzir normatização específica.

Nos termos da Proposta, passaria a ser possível, por exemplo, que norma federal estabeleça parâmetros gerais sobre o valor de uma causa, a ser regulado em norma subnacional, o que não é possível atualmente[73].

Por outro lado, é preciso alertar que a alteração proposta multiplicará ritos processuais, uma vez que cada Estado e o Distrito Federal poderão suplementar as

---

(Art. 22, I, CF/88). 2. A lei em comento, conquanto tenha alta carga de relevância social, indubitavelmente, ao pretender tratar da matéria, invadiu esfera reservada da União para legislar sobre direito processual. 3. A fixação do regime de tramitação de feitos e das correspondentes prioridades é matéria eminentemente processual, de competência privativa da União, que não se confunde com matéria procedimental em matéria processual, essa, sim, de competência concorrente dos estados-membros. 4. **O Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, reafirmou a ocorrência de vício formal de inconstitucionalidade de normas estaduais que exorbitem de sua competência concorrente para legislar sobre procedimento em matéria processual, adentrando aspectos típicos do processo, como competência, prazos, recursos, provas, entre outros**. Precedentes. 5. Ação julgada procedente. (ADI nº 3.483, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2014, DJ 14/05/2014). A exigência de **depósito recursal prévio aos recursos** do juizado especial cível, criada pelo art. 7º da Lei estadual (AL) 6.816/2007, constitui requisito de admissibilidade do recurso, **tema próprio de direito processual civil, e não de ‘procedimentos em matéria processual’** (art. 24, XI, CF). Medida cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 7º, caput, e respectivos parágrafos, da Lei 6.816/2007 do Estado de Alagoas.” (ADI 4.161-MC, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 29/10/2008, Plenário, DJe de 17/4/2009). (...) Processual penal e constitucional. Interrogatório do réu. **Videoconferência**. Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade formal. Competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. Art. 22, I, da Constituição Federal. 1. A Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo **viola, flagrantemente, a disciplina do art. 22, inciso I, da Constituição da República, que prevê a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual**. 2. Habeas corpus concedido. (Habeas Corpus – HC nº 90.900, Relator: Min. Ellen Gracie, Relator para Acórdão: Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2008, DJe 22/10/2009). [grifamos].

[72] Cf. TAVARES, André Ramos. **Aporias acerca do "condomínio legislativo" no Brasil: uma análise a partir do STF.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 2, n. 6, abr./jun. 2008.

[73] Norma do gênero foi declarada inconstitucional pelo STF: “**Invade a competência da União, norma estadual que disciplina matéria referente ao valor que deva ser dado a uma causa**, tema especificamente inserido no campo do direito processual.” (ADI nº 2.655, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 9/3/2004, Plenário, DJ de 26/3/2004.)

normas processuais da União. Contudo, essa alteração não seria propriamente novidade em nosso federalismo, uma vez que, durante toda a Primeira República, cabia aos Estados legislar – com exclusividade – sobre Direito Processual[74].

Autores de renome, inclusive, defendem o retorno a esse regime jurídico. A título de exemplo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que:

> Tal solução [da Constituição de 1891] era sábia. (...) o direito processual é naturalmente ancilar. Sua valia está em propiciar o cumprimento, nos casos contenciosos, do direito substantivo. Ora, por essa razão, tem de ser ele adaptado às condições da região, para que atenda à sua finalidade. Sendo essas condições, no Brasil, extremamente díspares, tudo recomenda não ser uno o direito processual, mas sim variarem suas normas de Estado para Estado. Para limitar a excessiva disparidade, pode a União reservar-se a competência de editar "normas gerais"[75].

Trata-se, claro, de uma decisão de caráter político – como ocorre, de resto, com vários aspectos da distribuição de competências federativas. É preciso, contudo, pesar muito bem os custos e benefícios da medida. Aspectos como o exercício da profissão de advogado em vários Estados devem ser repensados, caso a PEC seja, nesse ponto, aprovada.

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE EM DIREITO AGRÁRIO

A competência legislativa da União em matéria de direito agrário surgiu com a Emenda Constitucional nº 10, de 9 de novembro de 1964, o que vem sendo replicado nos textos constitucionais posteriores.

---

[74] Constituição de 1891: "**Art.34.** Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) 22. legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal" (sic). Sobre o tema, Roberto Rosas aponta que: "A Constituição Republicana de 1891 inspirou-se no sistema americano, onde hauria as fontes para a estrutura do poder judiciário brasileiro. Num regime de poderes centrais e locais, o judiciário foi estruturado para atender a esse regime federativo, onde há a preocupação pela unidade política, porém com autonomia para os estados e municípios, nestes, no seu peculiar interesse. Adotou-se a dualidade da legislação processual. A União Federal legislava sobre processo da Justiça Federal, e os estados legislavam sobre o processo em geral. Surgiram, então, os códigos estaduais de Processo". ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional.** São Paulo, RT, 1997, p. 34.

[75] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume 1.** São Paulo: saraiva, 1990, p. 171.

Além das disposições constitucionais sobre a matéria[76], são dignas de menção também a Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, que *dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências*; a Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966, que *fixa normas de direito agrário, dispõe sobre o sistema de organização e funcionamento do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, e dá outras providências*.

As autoras da PEC assim justificam a alteração da competência para legislar sobre direito agrário:

> O inciso I do art. 22 da Constituição Federal arrola como matérias da competência legislativa privativa da União, entre outras, o direito agrário, matéria que se desenvolve por inteiro em território estadual, tendo cada um dos Estados, por isso mesmo, melhores condições de regrá-la em suas peculiaridades, fazendo-o, no entanto, segundo normas gerais fixadas pela União.

É escassa a jurisprudência do STF sobre conflitos de competência legislativa em direito agrário. Digna de nota é a ADI nº 5.006, ainda pendente de julgamento, por meio da qual a Procuradoria-Geral da República argui inconstitucionalidade da Lei nº 738, de 10 de setembro de 2009, do Estado de Roraima, que dispõe sobre a política fundiária rural estadual. A autora da ADI alega que a lei impugnada disciplinou institutos de direito agrário, tais como função social da terra rural; terras públicas e devolutas; processo discriminatório de terras; destinação das terras públicas rurais e regularização fundiária.

A propósito, as normas atinentes à ocupação da terra possuem repercussões no tocante à proteção do meio ambiente, que, por sua vez, já é matéria de objeto de condomínio legislativo entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24, VI, da CF). Todavia, a descentralização das normas sobre direito agrário merece reflexões, como propõe Mário Lúcio Quintão Soares:

> Será que os estados federados e municípios, bem como outros órgãos e agentes estatais, no exercício da delegação de competência, assinalada pela Constituição, dada sua proximidade com grupos de pressão regionais e/ou locais, ao invés de sedimentarem o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico no

[76] Pode-se entender que os seguintes dispositivos constitucionais versam, de alguma forma, sobre direito agrário: arts. 5º, XXII, XXIII e XXIV; 21, IX; 22, I; 23, VI, VIII e XI; 24, VI; 170, III e XXVI; 126; 153, VI; 158, II; 184 a 191; 243. Também devemos mencionar o art. 50 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

> âmbito nacional, não desencadeariam processo anárquico à complexa estrutura fundiária brasileira?
>
> (...) sugere-se a leitura hermenêutica dos princípios constitucionais norteadores do Direito Agrário, afirmando sua autonomia científica e legislativa:
>
> 1 – a implementação de políticas públicas agrícolas adequadas à sociedade inclusiva e em consonância com o equilíbrio ecológico;
>
> 2 – a igualdade de oportunidade de acesso à terra, com a ampliação da reforma agrária em terras improdutivas, mediante procedimento expropriatório que acate o devido processo legal;
>
> 3 – a valorização do trabalho do homem do campo, construindo uma legislação específica para o mesmo, resgatando sua dignidade como pessoa humana e a sua cidadania[77].

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE EM TRÂNSITO E TRANSPORTE

A Constituição prevê que compete à União legislar, privativamente, sobre diretrizes da política nacional de transportes (art. 22, IX), trânsito e transporte (art. 22, XI). As matérias previstas no inciso XI do art. 22 passam, segundo a PEC, a ser de competência legislativa concorrente.

A jurisprudência do STF sobre normas estaduais que invadem o poder-dever da União de legislar sobre trânsito e transporte é vasta. Eis alguns exemplos de julgados que declararam a inconstitucionalidade de leis estaduais por tratarem da referida matéria: obrigatoriedade de instalação de cinto de segurança em veículos de transporte coletivo[78]; serviço de moto-táxi[79]; disciplina sobre a colocação de barreiras eletrônicas[80]; e limites de velocidade nas rodovias estaduais[81].

---

[77] SOARES, M. L. Q. Competência legislativa em matéria de direito agrário. BARROSO, Lucas A.; MIRANDA, Alcir G.; SOARES, Mário L. Q. **O direito agrário na Constituição**. p.107–119, 2013, p. 118.

[78] Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 6.457/1993 do Estado da Bahia. **Obrigatoriedade de instalação de cinto de segurança em veículos de transporte coletivo. Matéria relacionada a trânsito e transporte.** Competência exclusiva da União (CF, art. 22, XI). Inexistência de lei complementar para autorizar os Estados a legislar sobre questão específica, nos termos do art. 22, parágrafo único, da CF. (ADI nº 874, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3/2/2011, Plenário, DJe de 28/2/2011).

[79] Ação direta de inconstitucionalidade. Lei distrital 3.787, de 2-2-2006, que cria, no âmbito do Distrito Federal, o sistema de moto-service – **transporte remunerado de passageiros com uso de motocicletas**: inconstitucionalidade declarada por usurpação da **competência privativa**

Por um lado, a possibilidade constitucional de que as unidades da federação suplementem a legislação federal sobre trânsito e transporte permitiria, em tese, a título de ilustração, que os entes subnacionais fixassem multas de trânsito conforme as respectivas realidades econômicas.

Por outro lado, a existência de uma legislação nacional sobre a matéria evita que, por exemplo, o os prestadores do serviço de transporte interestadual de cargas e passageiros tenham que atender a regras específicas de todas as unidades da federação por eles atendidas.

Da mesma forma, a criação de legislação estadual sobre trânsito e transporte pode ter impactos econômicos relevantes, tais como os decorrentes da necessidade de se adaptarem veículos – produzidos em escala nacional – às exigências de segurança de determinadas leis estaduais.

De outra parte, a transformação da proposta em norma jurídica poderia resolver problemas atuais, como o conflito entre a legislação federal sobre portos e transportes ferroviários, de um lado, e a competência estadual sobre meio ambiente, de outro[82].

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE EM PROPAGANDA COMERCIAL

---

da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF, art. 22, XI). Precedentes: ADI nº 2.606, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 7-2-2003; ADI 3.136, 1º-8-2006, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ADI 3.135, 1º-8-2006, Rel. Min. Gilmar Mendes." (ADI nº 3.679, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18-6-2007, Plenário, DJ de 3-8-2007.) Vide: ADI 3.610, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 1º/8/2011, Plenário, DJe de 22/9/2011.

[80] Lei 11.824, de 14-8-2002, do Estado do Rio Grande do Sul. Inconstitucionalidade. O **disciplinamento da colocação de barreiras eletrônicas para aferir a velocidade de veículos**, por inserir -se na matéria trânsito, **é de competência exclusiva da União** (art. 22, XI, da CF/1988). (ADI 2.718, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 6/4/2005, Plenário, DJ de 24/6/2005).

[81] Trânsito: competência legislativa privativa da União: **inconstitucionalidade da lei estadual que fixa limites de velocidade nas rodovias do Estado-membro** ou sob sua administração." (ADI 2.582, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-3-2003, Plenário, DJ de 6-6-2003).

[82] O conflito citado é analisado detalhadamente por Luís Roberto Barroso. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Federação, transportes e meio ambiente.** *In*: TAVARES, André Ramos *et al* (orgs.). **Estado Constitucional e Organização do Poder.** São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 479 e seguintes.

Atualmente, compete à União legislar, privativamente, sobre propaganda comercial (art. 22, XXIX, da CF/88). Essa norma, por exemplo, obstou lei estadual que vedava, em peças publicitárias, fotos de natureza erótica ou pornográfica[83].

A PEC nº 47, de 2012, inclui a propaganda comercial no rol das competências concorrentes do art. 24 da Lei Maior. Também se pretende modificar o § 3º do art. 220 da Constituição, para eliminar a restrição de que apenas lei federal disponha sobre as matérias enumeradas no referido parágrafo[84].

Matéria assemelhada à propaganda comercial, qual seja, produção e consumo, já é objeto de competência legislativa concorrente, nos termos do art. 24, V, da CF. Em defesa da possibilidade de legislação estadual acerca do tema, Fernanda Dias Menezes de Almeida sustenta que "parece não haver motivo para que o legislador estadual não possa ter parte nisso"[85]. Aliás, outro tema conexo à propaganda – defesa do consumidor – já é de competência concorrente, não havendo notícia de maiores conflitos ou transtornos em decorrência direta dessa previsão[86].

Um tema que pode acarretar grandes controvérsias diz respeito à propaganda em meios eletrônicos e, especialmente, em redes nacionais de rádio e TV. Como será compatibilizada, por exemplo, a legislação de vários estados, se alguns proibirem propagandas de determinados produtos, e outros não? Será preciso que os anunciantes se adaptem a essa realidade de regionalização, o que poderá ter custos relativamente elevados.

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE EM ASSISTÊNCIA SOCIAL

[83] ADI 2.815, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2003, DJ 07/11/2003.

[84] "I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente."

[85] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Op. Cit.**, p. 85.

[86] Cf. LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências Federativas na Constituição e nos Precedentes do STF.** Salvador: JusPodivm, 2012, p. 217.

As ações na área de assistência social integram a seguridade social (art. 194 da CF). Nos termos do art. 203 da Constituição, a assistência social tem por objetivos: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Existem matérias afetas à assistência social enumeradas no rol das competências concorrentes do art. 24 do texto constitucional: proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (inc. XIV); proteção à infância e à juventude (inc. XV).

Contudo, diante do estatui o art. 22, XXIII, da Constituição, a seguridade social, de forma geral, insere-se na competência legislativa privativa da União.

Ante o exposto, em caso de aprovação dessa modificação trazida pela PEC em exame, haverá redundância da matéria de assistência social e dos temas a ela pertinentes, atualmente contidos nos incisos XIV e XV do art. 24 da Lei Maior. A rigor, poder-se-ia retirar essas matérias de assistência social do rol de referido artigo em caso de promulgação da PEC. Todavia, pode-se incorrer na interpretação de elas não mais deveriam ser objeto de competência legislativa concorrente, diante da revogação dos respectivos incisos.

Fernanda Dias Menezes de Almeida assim se posiciona sobre a alteração pretendida pela PEC:

> Em edições anteriores deste livro, foi incluída também a seguridade social entre matérias de competência legislativa privativa da União, que melhor se acomodariam no âmbito da competência legislativa concorrente. Repensando o assunto, parece-nos hoje que, não obstante no campo social continue a ser necessária uma soma de esforços dos Poderes Públicos numa ação integrada, a gravidade dos problemas afetos à saúde, à assistência e à previdência social

> recomenda haver um comando legislativo uniforme no trato da seguridade social[87].

Uma das consequências práticas da modificação da competência em matéria de assistência social seria a possibilidade de os Estados – respeitada a norma geral federal – criarem (ou não) determinados parâmetros diferenciados de acesso a benefícios assistenciais, de acordo com a realidade socioeconômica de cada região.

EDUCAÇÃO E LICITAÇÕES

A PEC nº 47, de 2012, também revoga o inciso XXIV do art. 22 da Constituição (diretrizes e bases da educação nacional) e remaneja o texto do inciso XXVII do art. 22 (normas gerais de licitação e contratação) para o art. 24 da Lei Maior. Os autores da proposta justificam as alterações por questões de técnica legislativa:

> (...) diretrizes e bases da educação nacional enquadram-se, a toda evidência, no conceito de normas gerais, e já está consignado no art. 24, IX, que compete à União estabelecer normas gerais sobre educação, cultura, ensino e desporto.
>
> A mesma orientação técnica recomenda a supressão do inciso XXVII do art. 22 (...). Ora, alcança-se o mesmo efeito prático incluindo a matéria relativa a licitação entre aquelas que são de competência concorrente.

Ao que tudo indica, as alterações são adequadas ao fim a que se destinam. Não se trata, porém, de mera alteração formal ou redacional. A lógica da atual previsão do inciso XXVII do art. 22, para que a União legisle privativamente sobre normas gerais de licitação e contratos, é excluir, mesmo em caso de omissão, a competência suplementar dos Estados[88].

Com a transposição dessas matérias para o rol das competências concorrentes (art. 24), mais do que mera alteração formal, será dada aos Estados a

---

[87] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Op. Cit.**, p. 86.

[88] Nesse sentido: DEZEN JÚNIOR, Gabriel. **Constituição Federal.** Brasília: Alumnus, 2015, p. 489.

possibilidade de editarem, em caso de omissão da União, as normas gerais faltantes.

Fernanda Dias Menezes de Almeida sugere uma alteração ainda mais radical que a pretendida na PEC nº 47, de 2012: a transferência da competência legislativa sobre licitações para a esfera de exclusividade de cada ente, sem que a União sequer editasse normas gerais[89].

É possível afirmar, portanto, que a PEC posiciona-se de forma equidistante entre o regramento atual da matéria e visões mais defensoras da competência estadual.

CONCLUSÕES

Acreditamos que, sob o ponto de vista do mérito, a nova redação do art. 24, § 2º, da Constituição, nos termos propostos pela PEC nº 47, de 2012, pode trazer insegurança jurídica sobre tema que atualmente é objeto de construção doutrinária e jurisprudencial. Além disso, limita desproporcionalmente a competência da União para legislar em matéria de competência concorrente, prejudicando o caráter uniformizador das respectivas normas editadas pelo Congresso Nacional. Entendemos que esse parágrafo deveria ser suprimido ou ter sua redação reformulada, a despeito da intenção louvável das autoras da PEC nº 47, de 2012. No primeiro caso – supressão do parágrafo em comento –, manter-se-ia o critério atual de integração pela jurisprudência e pela doutrina.

Quanto à proposta de que direito processual seja objeto de competência legislativa concorrente, a PEC nº 47, de 2012, abre às unidades da federação a possibilidade de legislar sobre peculiaridades que extrapolam os procedimentos em matéria processual. Por exemplo, é possível que norma federal estabeleça parâmetros gerais sobre determinado recurso, a ser normatizado em norma subnacional, o que não é possível atualmente. Por outro lado, é preciso alertar que a

[89] Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Op. Cit.**, p. 87.

alteração proposta multiplicará ritos processuais, uma vez que cada Estado e o Distrito Federal poderão suplementar as normas processuais da União.

Quanto a direito agrário, as normas atinentes à ocupação da terra possuem repercussões no tocante à proteção do meio ambiente. Essa matéria (ambiental), ressalte-se, já é objeto de condomínio legislativo entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24, VI, da CF/88).

Em matéria de trânsito e transporte, a PEC nº 47, de 2012, a despeito de permitir que entes subnacionais regulassem pormenores da matéria às respectivas realidades econômicas, possibilita transtornos a condutores e prestadores de serviço de transportes que precisem atender a regras específicas de distintas unidades da federação.

No que diz respeito a propaganda comercial, lembramos que matéria correlata, qual seja, produção e consumo, é objeto de competência legislativa concorrente, nos termos do art. 24, V, da CF/88.

Quanto a assistência social, existem matérias afetas já enumeradas no rol das competências concorrentes do art. 24 do texto constitucional: proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (inc. XIV); proteção à infância e à juventude (inc. XV). Uma possibilidade, portanto, em caso de a PEC nº 47, de 2012, progredir em sua tramitação, é remover as matérias correspondentes à assistência social atualmente enumeradas no art. 24 da Lei Maior, diante de redundância no elenco de matérias daquele artigo.

Por fim, deve-se levar em conta que a regulação de determinada matéria pelos entes subnacionais pode acarretar controvérsias em torno da conformidade das diversas normas específicas em relação a normas gerais da União.

Conforme apontado inicialmente, a alteração na repartição de competências é de ordem política, exceto eventual centralização que viole a autonomia dos entes federados.

Por um lado, ampliar a esfera de atuação dos Estados facilita, sob o aspecto político, a formação de consensos acerca peculiaridades regionais. Como notam os autores da PEC em epígrafe, os Estados são “comprimidos” entre o amplo

rol de matérias normatizadas privativamente pela União e a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, da CF/88). Assim, pormenores de determinada matéria que dependeriam de aprovação no Congresso Nacional poderiam ser deliberados pelas Assembleias Legislativas e pela Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Por outro lado, quanto mais aspectos do ordenamento jurídico passam a constar das leis estaduais, mais se aumenta a complexidade da legislação brasileira.

OS DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NECESSIDADE DA TUTELA JUDICIAL AO DIREITO FUNDAMENTAL DOS ÍNDIOS À DEMARCAÇÃO DE TERRAS NO MÉDIO E BAIXO RIO NEGRO.

Cyro Alexander de Azevedo Martiniano[90]

Ygor Felipe Távora da Silva[91]

Resumo: A questão fundiária dos povos da floresta tem sido recorrente nos noticiários nacionais. O órgão nacional incumbido de promover a demarcação das terras indígenas mostra-se incapaz de atender essas demandas de modo eficiente, provocando o aumento das tensões entre índios e grupos econômicos interessados na exploração de suas terras. Com base nesse cenário, este artigo objetiva apontar os efeitos negativos que a demora da demarcação das terras indígenas tem provocado nas comunidades do Médio e Baixo Rio Negro. A demarcação das terras é direito fundamental dos índios e a omissão do Poder Público propicia toda sorte de violência à cultura, costumes, tradições, crenças e organização social desses povos. Diante disso, o Poder Judiciário tem atuado de forma a corrigir essas distorções funcionais, desde que instado pelo Ministério Público Federal (MPF). Entretanto, a questão principal reside na ineficiência da Administração Pública Federal na condução do seu mister, qual seja, a concretização do processo demarcatório. O desvirtuamento do órgão executivo não pode ser tolerado e continuar sendo corrigido pelo Poder Judiciário, sob pena de as populações indígenas atuais não verem seu legado transmitido às futuras gerações. A metodologia utilizada na presente pesquisa foi bibliográfica, com método indutivo e qualitativo, apoiada em notícias da mídia jornalística, doutrina, legislação, jurisprudência e julgados recentes da Justiça Federal.

---

[90] Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera/Uniderp. Auditor Fiscal de Tributos Estaduais do Amazonas.

[91] Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do trabalho e Direito Previdenciário pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA. Mestre em Gestão de Áreas Protegidas da Amazônia pelo Instituto Nacional de Pesquisa da Amazônia – INPA. Professor do Instituto Federal do Amapá.

Palavras-chave: direitos fundamentais; demarcação; terras indígenas; ação civil pública.

Abstract: The land issue of forest peoples have been recurrent in the national news. The national body responsible for promoting the demarcation of Indian lands is not able to meet these demands effectively, causing rising tensions between Indians and economic groups interested in exploiting their lands. Based on this scenario, this paper aims to highlight the negative effects that the delay in the demarcation of indigenous lands has resulted in communities of the Middle and Lower Rio Negro. The demarcation of the land is a fundamental right of the Indians and the omission of the Government provides all sorts of violence to the culture, customs, traditions, beliefs and social organization of these people. Thus, the judiciary has acted to correct these distortions functional, when asked by the Federal Public Ministry (MPF). However, the main issue is the inefficiency of the Federal Public Administration in the conduct of his pupil, namely, the implementation of the demarcation process. The distortion of the executive body can not be tolerated and still be corrected by the judiciary, otherwise the current indigenous populations not see his legacy passed on to future generations. The methodology used in this research was literature, with qualitative and inductive method, based on journalistic news, doctrine, laws, court cases and judged the recent Federal Court.

Keywords: fundamental rights; demarcation; indigenous lands; civil action.

INTRODUÇÃO

A demarcação das terras indígenas é um procedimento complexo regulado pelo decreto federal nº 1.775/1996. Requer o trabalho de várias pessoas com conhecimentos de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e de levantamento fundiário, coordenados por um antropólogo. Conquanto não exista um prazo legal para a conclusão desses estudos, não pode ser evitado o comando constitucional do inciso LXVIII do artigo 5º da Carta Política, que prevê a razoável duração dos processos administrativos. A realidade tem mostrado que órgão de assistência indígena, Fundação Nacional do Índio (FUNAI), ainda afetada

por uma grave crise institucional, não tem cumprido o seu mister de promover de forma racional a demarcação das terras dos índios, especialmente no Médio e Baixo Rio Negro, Estado do Amazonas. Justifica-se essa pesquisa, pois a mora do Poder Executivo nas demarcações tem acarretado diversos efeitos indesejados nas comunidades por violação do direito fundamental às terras tradicionalmente por eles ocupadas. A questão fundiária indígena é fator de sobrevivência física, cultural, econômica e espiritual desses povos. Sensível a esse problema, o Poder Judiciário atua para minimizar tais efeitos, conquanto não possa substituir a Administração Pública que deve corrigir sua atuação para preservar a autonomia e independência dos Poderes.

DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS POVOS INDÍGENAS

Os Direitos Fundamentais representam uma classe especial de direitos. Conforme a doutrina de nosso país são conquistas fundamentais da população tendo sido elevados à categoria de normas constitucionais. Em determinado momento da vida política do Estado, houve-se por bem cobri-los com o manto da Lei Maior para que não fossem suscetíveis de ataques por normas de menor expressão jurídica. Foi assim que o Poder Constituinte, ao elaborou a nossa Carta Política em 1988 tratou desses direitos. A CF/1988 propõe no Título II uma classificação não exaustiva desses direitos: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. O certo é que essa classe de direitos não se encerra apenas nesse título e pode ser encontrada dispersa pelo texto constitucional ou ainda decorrer de tratados internacionais, conforme prevê o § 2º da Carta Magna. Fora desse título, podem-se indicar os direitos fundamentais relativos ao meio ambiente, à família e à criança, aos adolescentes, jovens e idosos, aos índios, todos no Título VIII da Ordem Social. Portanto, a identificação desse tipo de direito na nossa Carta Política deve ser feita através da análise do conteúdo da regra constitucional. Se a norma contiver matéria de cunho individual ou coletivo, então estamos diante de direitos fundamentais do ser humano. São direitos

essenciais por uma questão de escolha legislativa, que espelha as necessidades sociais do seu tempo.

Os direitos fundamentais são decorrentes de um processo lento, mas inexorável, de reconhecimento do mínimo necessário para a existência digna do ser humano em suas relações na sociedade. Como mecanismo de autopreservação e limitação do Poder Público, esses direitos têm sua gênese nos direitos naturais ou, sob outra roupagem, nos direitos humanos. Mesmo sabendo que o ideal dos jusnaturalistas encontra-se desgastado na atualidade, não se pode olvidar a contribuição que essa corrente doutrinária trouxe para a conquista desses direitos. Segundo esse ideal, o ser humano não cria direitos intrínsecos a sua condição de ser vivo. Os direitos humanos existem, porque o ser humano existe. Por exemplo, as crianças têm o direito de brincar, serem protegidas pelos seus familiares e se desenvolverem plenamente no seu ambiente infantil. Esse direito foi criado pela civilização Ocidental ou sempre existiu desde que o Homem se entende como ser racional? Foi certo negar às crianças das gerações passadas esses direitos? Ou ainda, as famílias delas achavam correto ver seus filhos subjugados nos chãos frios e imundos da Revolução Industrial Inglesa? Esses questionamentos podem ser expandidos para outras questões relativas aos jovens, adultos e idosos de todos os tempos, conforme os preceitos da liberdade, igualdade e solidariedade. A resposta será única: “Ninguém, em qualquer fase de seu desenvolvimento, e em momento histórico algum, gosta de sofrer maus-tratos, opressões, humilhações e quaisquer outras formas de violência, que o aniquilem ou provoquem profunda dor”. Essa resposta resume a concepção naturalista dos direitos humanos, tão importantes para a existência do ser humano que são universalmente aceitos e defendidos. É certo que nem sempre foram reconhecidos, o que provocou várias rebeliões e guerras no decorrer da História. Mas não se pode dizer que não existiam, ou que foram criados em determinadas épocas, pois eram, são e sempre serão anseios da sociedade. Elevados à categoria de direitos garantidos pela Lei Maior, assumiram a condição de direitos fundamentais, sem excluir outros direitos, que, embora não sejam essenciais para vida humana, são importantes para reger a ordem social de um Estado.

Corroborando o exposto acima, a história da conquista dos direitos humanos aponta que A Declaração Universal dos Direitos do Homem, reeditada pela ONU em 1948 (após a Segunda Guerra Mundial), tinha sua fonte inspiradora na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ocorrida na França em 1789, a qual culminou com o fim da Revolução Francesa. Citam-se alguns desses direitos de forma exemplificativa: à vida, à liberdade, à igualdade, à nacionalidade, à família, a ir e vir, à expressão, ao pensamento, à propriedade, à participação na vida política, ao repúdio à escravidão, à tortura e à discriminação, às garantias processuais e aos direitos sociais, culturais e econômicos. Comparando com a Declaração Francesa, observa-se que houve uma evolução em termos dos direitos sociais, culturais e econômicos. Em um primeiro momento, na França pós-Absolutismo, a evolução do pensamento político resultou no reconhecimento dos direitos essenciais para a existência do ser humano. Em seguida foram conquistados direitos sociais, culturais, econômicos e difusos, os quais, erguidos ao patamar constitucional, constituem o mais alto grau garantias de um Estado. Mas não é adequado dizer que essa nova espécie de direitos fundamentais (sociais, econômicos e culturais) foram criados após o fim do Grande Conflito Mundial, pois o ato de reconhecer traz ínsita a ideia de pré-existência.

Outro aspecto merece atenção no que se refere à relatividade dos direitos fundamentais. Os direitos ora tratados não são absolutos a ponto de prevalecerem sempre. Haverá situações em que será necessária a ponderação desses para a manutenção da ordem social. Ou seja, havendo colisão entre os direitos fundamentais, será feita sua confrontação com os interesses coletivos, que prevalecem em relação aos particulares. Para Alexandre de Moraes (2013, página 30), “o interprete deve utilizar-se dos princípios da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros”. Assim sendo, a liberdade de expressão não é ilimitada, pois ninguém pode exercer esse direito de forma a prejudicar direitos de terceiros sem se responsabilizar por isso. Os direitos fundamentais não servem de escudo para o indivíduo afrontar a sociedade em que vive. Nenhum direito fundamental será anulado, mas sua eficácia pode ser ligeira e

momentaneamente reduzida para não sufocar outro direito, também fundamental. Assim se mantém a solidez do sistema jurídico, refletindo o intérprete no caso concreto para sopesar o que deve sobressair aos outros.

Quanto à sua aplicabilidade, são direitos imediatos, conforme preconiza o § 1º do artigo 5º da Carta Política. Somente a própria constituição pode estabelecer restrições no campo desses direitos ou permitir ao legislador infraconstitucional a sua regulamentação, desde que seja preservado o seu núcleo material, a sua essência. Sendo assim, não se concebe a possibilidade de desfiguração da norma fundamental subvertendo o espírito da Lei Maior.

Agora fica fácil entender que os direitos humanos não são diferentes para quem vive na cidade, na zona rural ou nas florestas. Também não eram desconhecidos das civilizações mais remotas na História. Certo que as diferenças socioculturais implicarão em ações públicas diferentes, mas, ao final, o efeito pretendido será o mesmo. Por exemplo, o direito fundamental à vida: o cidadão urbano não tem apego a terra onde mora podendo ser deslocado para outra casa, bairro, cidade, Estado ou outro país, onde facilmente se adaptará sem influenciar na sua vontade de continuar vivendo. Com as populações indígenas isso não é verdadeiro em função da sua estreita ligação com o meio ambiente em que vive. Para muitos povos aborígenes, a terra natal transcende a existência física e se comunica com a vida espiritual presente e de seus antepassados. A sua concepção de vida está arraigada a terra. Retirá-los do seu ambiente, pode significar o rompimento do elo que os mantém espiritualmente animados a viver. Vivem assim por séculos. As tentativas de sua integração têm-se revelado frustrantes na maioria das vezes. Destarte o direito a viver é inerente a qualquer ser humano, entretanto a atuação do Poder Público para garantir esse desiderato será diferente, conforme a concepção que os povos têm desse direito. No "Encontro de Espiritualidade dos Povos Indígenas", por ocasião da celebração dos 100 anos das Irmãs Lauritas, em Campo Grande, Mato Grosso do Sul, nos dias 10 a 14 de maio de 2014 foi feita a declaração[92]:

---

[92] Povos indígenas realizam encontro de espiritualidade. http://www.cimi.org.br. 14/05/2014.

> Nós, povos tradicionais, levantamos nossas vozes em defesa de nossa mãe! Nossos territórios sagrados de onde brota nossa vida, nossa origem. Os povos indígenas vivenciam um período histórico de negação de direitos territoriais. O modelo de desenvolvimentista adotado pela economia mundial, altamente extrativista-exportador nos veem como empecilho ao dito “desenvolvimento”, “progresso” e nossas comunidades como sinônimo de retrocesso social.

Sensível a essa realidade, a nossa constituição fundamentou a conquista desse direito em virtude da ocupação originária e tradicional dessas terras pelos índios. Foi reconhecido que esses povos têm direito à posse das terras que ocupam tradicionalmente, como instrumento de perpetuação de seu modo de vida. Têm o usufruto, haja vista que a União é a detentora da nua-propriedade (artigos 20, inciso XI, e 231, § 2º da CF/1988). Quaisquer atos que visem à ocupação, ao domínio ou a posse das terras indígenas devem ser considerados nulos, portanto sem efeitos no mundo jurídico. Não são suscetíveis de reparação pecuniária, salvo quanto às benfeitorias decorrentes da boa-fé. Sendo um direito fundamental, deve receber a devida tutela do poder público, que, especificamente na questão indigenista, tem obrigações positivas (fazer) e obrigações negativas (não fazer), conforme os dispositivos constitucionais que preveem a demarcação das terras e a proteção desses grupos étnicos.

O direito originário dos índios à posse das terras foi cristalinamente reconhecido pelo Egrégio STF no caso da demarcação da Raposa Serra do Sol, inclusive com prioridade sobre a criação das unidades federadas:

> DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF). (Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol - Pet 3388 / RR, Min. CARLOS BRITTO, 19/03/2009).

Dito isso, chega-se à conclusão de que a relação entre os índios e a sua terra não é alcançada pelo Código Civil, pois excede o conceito privatista de função social da propriedade. A área utilizada pelos índios para manifestação cultural, caça, pesca e cultivo, e todas as atividades de manutenção de sua organização social e econômica determinarão a posse das terras. Ou seja, a terra dos índios não é apenas terra no sentido físico. Transcende à cultura ocidental o conceito de terra que povos indígenas alcançaram. Segundo essas culturas, a natureza é a sua fonte de vida e espiritualidade. Seus costumes estão visceralmente ligados à interação com o meio ambiente em que vivem. Não dá para desvincular o índio da terra sem violentar sua alma. Essa coexistência é tão frágil que afeta diretamente a vontade de viver dessas pessoas.

Os povos indígenas sofreram ao longo do processo de conquista e colonização do território brasileiro um verdadeiro “genocídio” físico e intelectual, porém, o advento da Constituição Federal de 1988, reconhecendo direitos fundamentais peculiares a esses povos, mudou o rumo da sua história. No campo do Direito Internacional também se verificou uma mudança de pensamento culminando com a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, durante a 76ª Conferência da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1989. Ratificada pelo Congresso Nacional Brasileiro, através do Decreto Legislativo nº 143, somente em 20 de junho de 2002, os setores interessados em sua aprovação conseguiram superar o impasse, não obstante as críticas dos setores políticos mais conservadores, que enxergavam na convenção uma porta aberta para que povos indígenas declarassem independência e fracionassem o território brasileiro.

Embora os tratados internacionais tenham força de lei ordinária em nosso país, é indiscutível a natureza especial oriunda da sua origem, tornando-os diferentes de simples leis ordinárias na sua forma de incorporação ao ordenamento jurídico pátrio, operação, revogação e reclamação. Para boa parte da doutrina, os tratados internacionais devem ser interpretados como normas de hierarquia intermediária, na medida em que são inferiores às normas constitucionais, mas adequadamente interpretadas como superiores às normas ordinárias, como forma

de manter o respeito que a República Brasileira assumiu perante o Direito Internacional[93]. Conforme assevera Valério Mazzuoli: “Seria fácil burlar todo o pactuado internacionalmente se por disposições legislativas internas fosse possível modificar tais normas. Se um Estado se obriga livremente a cumprir um acordo internacional, como explicar possa ele editar leis contrárias a todo o pactuado?”. Entendendo que a Convenção 169 da OIT está nessa posição intermediária em nosso sistema jurídico e tem força vinculante, tal norma internacional traz em seu bojo várias proposições de caráter obrigatório para os países signatários, com o objetivo de orientar as ações dos governos em matéria indígena. Como exemplo dessas propostas tem-se o princípio da autonomia de identificação como critério de determinação da condição de índio; o direito de consulta sobre medidas legislativas e administrativas que possam afetar os seus direitos; o direito de participação dos povos indígenas nas instituições eletivas e órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetem; o direito a decidirem suas próprias prioridades de desenvolvimento, bem como o direito de participarem da formulação, implementação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que lhes afetem diretamente; o direito a serem beneficiados pela distribuição de terras adicionais, quando as terras de que disponham sejam insuficientes para garantir-lhe o indispensável a uma existência digna ou para fazer frente a seu possível crescimento numérico; e o direito a terem facilitadas a comunicação e cooperação entre os povos indígenas através das fronteiras, inclusive por meio de acordo internacionais. Especial atenção deve ser dada ao artigo 13 dessa convenção, pois retrata de forma bastante completa a relação índio-terra:

> Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que, para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os

---

[93] A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento no sentido de que os tratados, quaisquer que fossem seus assuntos, seriam internalizados como lei ordinária. Nesse sentido o seguinte julgado do STF: ADI 1675-MC, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 19/09/03.

> aspectos coletivos dessa relação. 2.A utilização do termo "terras" nos artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de território, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Outrora, nenhum dos acordos internacionais de proteção dos direitos humanos dos índios foi tão significativo quanto a Convenção 169 da OIT. Essa declaração serve de fundamento para as principais discussões em torno dos direitos humanos desses povos e constitui-se no único instrumento internacional de caráter vinculante para o Brasil devido a sua ratificação. Hoje a luta é pela real aplicação da convenção, estando superada a questão da validade jurídica.

Retornando à Carta Política de 1988, nesse cenário de proteção da diversidade dos costumes, crenças, tradições e organização social dos povos da floresta, buscou o legislador priorizar a demarcação das suas terras. Com esse propósito, estabeleceu prazo de 5 (cinco) anos para que a União concluísse os trabalhos demarcatórios (artigo 67 do ADCT). As linhas gerais do processo administrativo de demarcação das terras indígenas foram escritas na lei nº 6.001 de 1973 (Estatuto do Índio), bem como no decreto nº 1.775 de 1996. A legislação infraconstitucional atribuiu competência à Fundação Nacional do Índio (FUNAI) para iniciar, orientar e executar a demarcação das terras. O início do processo demarcatório se dá por meio da identificação e delimitação da área tradicionalmente ocupada pelos aborígenes. Para esse mister é formado um grupo de trabalho composto por técnicos da FUNAI que elaboraram os estudos antropológicos e de natureza etnográfica, histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário. Esses levantamentos devem caracterizar e fundamentar a terra como tradicionalmente ocupada pelos índios interessados, que precisam participar ativamente de todas as fases da identificação e delimitação da terra a ser administrativamente reconhecida como condição de validade do processo. Os técnicos fazem os estudos e levantamentos em campo, nos centros de documentação, nos órgãos fundiários municipais, estaduais e federais, e em cartórios de registros de imóveis, visando à elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação da área estudada, base para o ato administrativo de demarcação. Sendo o processo demarcatório aprovado pelo Presidente da FUNAI, a área é declarada de ocupação tradicional do grupo indígena através de portaria do

Ministro da Justiça publicada no Diário Oficial da União, reconhecendo-se, assim, formal e objetivamente, o direito originário indígena sobre uma específica extensão do território brasileiro.

Como apresentado acima, a terra tem valor diverso para as culturas indígenas. Representa a sua própria sobrevivência e constitui elemento de identificação da cultura desses povos. Retirá-los dessas áreas significa violar o seu direito originário, anterior ao colonizador. A usurpação das suas terras reduziu drasticamente a população dos índios. Ao contrário do que ocorre com outros grupos étnicos, como os negros e imigrantes, os índios não têm predisposição para viver longe do seu habitat natural. Por tudo que foi exposto, é patente a necessidade de regulamentação das áreas indígenas como fator de preservação étnica. Por outro lado, também é verdade que a negligência do Poder Público Federal no cumprimento do seu dever constitucional condenará esses povos a uma forma velada de genocídio.

Reconhecido o direito à terra como direito fundamental dos povos indígenas, o passo seguinte é analisar se o mesmo está sendo respeitado, conforme os preceitos constitucionalmente estabelecidos. Assim como justiça tardia não faz justiça, ação pública desidiosa também não atende aos anseios das pessoas, no caso em estudo, dos indígenas. Não basta haver a lei, pois, sem ações, a letra da norma continuará fria e silenciosa. Não basta o reconhecimento de um direito, se não houver políticas públicas que viabilizem o seu exercício. Infelizmente é essa realidade diária das populações indígenas no Brasil. As manifestações desses povos têm se tornado uma matéria repetitiva nos noticiários nacionais. Por quê? Nessa tentativa de esclarecer os fatos será iniciado o próximo tópico com a apresentação da questão fundiária dos povos indígenas que habitam o Médio e Baixo Rio Negro no Estado do Amazonas, a qual reflete a situação da maioria das aldeias espalhadas pelo nosso país.

A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS DO BAIXO E MÉDIO RIO NEGRO

Seguros de que a política nacional deve envidar esforços para concretizar os ditames constitucionais referentes à questão indigenista, também é certo que esses povos têm enfrentado grandes obstáculos para assegurar seus direitos. Especificamente no Estado do Amazonas a realidade não reflete o "dever ser" almejado pelo legislador. Como já abordado acima, o procedimento de demarcação tem legislação própria que rege todas as etapas necessárias até a publicação do decreto de demarcação, cuja natureza é declaratória. Embora não exista no decreto um prazo legal para a elaboração dos estudos de campo que precedem a elaboração do relatório antropológico, o artigo 2º desta norma prevê que "a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio". Destarte será esse instrumento administrativo que estabelecerá o período necessário para a conclusão dos estudos antropológicos iniciais, a partir do qual escoaram os demais prazos. É necessário que haja a adoção de prazos razoáveis para os estudos preliminares, visando a garantir a celeridade da tramitação, conforme o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Brasileira.

Tanto que o Ministério Público Federal no Amazonas (MPF/AM) ingressou com a Ação Civil Pública (ACP) nº 2662-81.2014.4.01.3200, a qual tramita na 1ª Vara Federal do Amazonas, ainda aguardando decisão no encerramento dessa pesquisa. A demanda busca a obtenção de provimento jurisdicional que determine a condenação da União e da FUNAI para que procedam à conclusão do processo administrativo de demarcação de terras ocupadas pelos povos indígenas nos municípios de Santa Isabel do Rio Negro e Barcelos, notadamente os grupos étnicos Tukano, Baré e Baniwa.

Infelizmente esse específico pedido do MPF/AM não é isolado, haja vista que existem outras tantas demandas semelhantes para que sejam concluídos os procedimentos demarcatórios a nível regional e nacional. Por exemplo, cita-se a ACP nº 6774-30.2013.4.01.3200, tramitando na 3ª Vara Federal do Amazonas pela demarcação da terra indígena Setemã no Município de Borba, Estado do Amazonas,

habitada tradicionalmente pelos índios Mura. A União foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais coletivos no valor de R$ 50 (cinquenta) mil reais, pelos prejuízos gerados em decorrência dos quase quatro anos que a população Mura aguarda a conclusão do processo de demarcação. Os Mura ocupam regiões nos rios Madeira, Amazonas e Purus. Segundo a publicação Povos Indígenas no Brasil, "(...) são descritos como um povo navegante, de ampla mobilidade territorial e exímio conhecimento dos caminhos entre igarapés, furos, ilhas e lagos da região Amazônica. Em contato com o colonizador, sofreram diversos estigmas, massacres, perdas demográficas, linguísticas e culturais". Na sentença a Justiça Federal apontou que "(...) foram excedidos todos os prazos estabelecidos para o processo de demarcação no Decreto nº 1.775/1996" e foi incisiva ao afirmar que "(...) a omissão do Poder Público por um lapso temporal tão significativo acarreta insegurança e incerteza, afetando negativamente a comunidade indígena, na medida em que restringe o próprio exercício do direito sobre a terra que tradicionalmente ocupa". Além da terra do Setemã, a ocupação territorial dos Mura inclui, entre outras, as terras indígenas Murutinga e Ponciano, que também foram objeto de ações civis públicas ajuizadas pelo MPF/AM com o mesmo objetivo de garantir a conclusão do processo de demarcação.

No Estado do Pará, o MPF/PA ingressou com uma ação civil pública contra a FUNAI e a União na Justiça Federal em Itaituba, por causa de demora na demarcação da terra indígena Sawré Muybu. A área de 178 mil hectares é ocupada tradicionalmente por indígenas da etnia Munduruku e está localizada nos municípios de Trairão e Itaituba, no sudoeste paraense. O processo de demarcação já dura 13 (treze) anos. Sustenta o MPF/PA que a demora da demarcação tem afetado os Mundurukus da região do Médio Tapajós, constantemente ameaçados por invasões de madeireiros e garimpeiros. Além disso, a área Sawré Muybu deverá ser alagada pelas usinas hidrelétricas de São Luiz do Tapajós e Jatobá, que o governo federal pretende construir no rio Tapajós. Com o alagamento, os indígenas que vivem na área poderão perder uma de suas aldeias, roças, locais de coleta e caça, zonas de pesca e um cemitério ancestral. Sem o reconhecimento da reserva, os indígenas

que vivem na região não terão direito à consulta prévia sobre a construção das hidrelétricas nem à compensação caso os empreendimentos sejam instalados.

Retornando à demanda dos povos aborígenes do Médio e Baixo Rio Negro, após representação da Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro (FOIRN), o MPF/AM instaurou o Inquérito Civil Público nº 1.13.000.001472/2008.3, com o objetivo de apurar a mora no procedimento demarcatório. A reivindicação desses grupos indígenas é antiga e se arrasta desde 1998, portanto, são dezesseis anos sem solução. Em 2007, a FUNAI criou dois Grupos Técnicos (GT) de Identificação de Terras Indígenas nas referidas regiões do Rio Negro. Um GT ficou incumbido de mapear a região do Baixo Rio Negro, Padauiri e Aracá, e o outro GT deveria alcançar a região do Rio Jurubaxi, Tapuruquara, Rio Preto, Foz do Rio Uneuixi. Porém, no primeiro GT, não houve participação indígena, não se atendendo o disposto no § 3º do artigo 2º do decreto federal nº 1.775/1996. O relatório desse GT foi então reprovado por vício insanável de nulidade. O que não se entende é como um aspecto tão elementar e corriqueiro foi simplesmente olvidado pela Administração Pública? E mais, como o trabalho transcorreu até o final sem quaisquer questionamento sobre a sua validade?

Desde então, o processo administrativo de demarcação das terras da região do Baixo Rio Negro, Padauiri e Aracá aguarda pela elaboração de estudos antropológicos para embasarem o processo demarcatório, extrapolando qualquer prazo considerado razoável pelo bom senso. Em ofício de nº 432/DPT/2012, a FUNAI tentou justificar ao MPF/AM a lentidão do processo nos seguintes termos:

> É preciso esclarecer que os profissionais que compõem ambos os Grupos de Trabalho, GT, (Baixo Rio Negro e Baixo Rio Negro II) atuam na qualidade de colaboradores, e são especialistas com disponibilidade de tempo restrita. Ademais, os trabalhos de campo dependem diretamente das condições climáticas da região e de uma logística complexa, cuja viabilização é dificultada por questões de ordem administrativa internas à Coordenação Regional da FUNAI do Rio Negro com sede em São Gabriel da Cachoeira/AM, as quais vêm sendo sanadas desde 2011, e ainda, pelas recentes limitações orçamentárias impostas à administração pública por meio de decretos presidenciais.

É plenamente aceitável que problemas estruturais do órgão público possam ser tolerados por um razoável período de tempo. Entretanto, após 16 (dezesseis) anos sem solução, qualquer pessoa conclui que não é apenas a estrutura do órgão que é deficiente, mas o corpo técnico que o impulsiona. Os órgãos públicos são uma criação jurídica e não tomam decisões. Quem administra são as pessoas que compõem o órgão. Nesse “jogo de empurra” a FUNAI tem muitas responsabilidades por não cumprir o seu dever administrativo de proteção aos índios, ou, pelo menos, por não apontar os meios necessários para a solução. Não adianta justificar a omissão em fatores imponderáveis como o clima da região Amazônica, pois as chuvas nessa região são sazonais, o que permite a trabalho em outros períodos do ano. A logística também não pode ser o motivo para tanta demora, pois os meios de transporte à disposição da União podem atender as necessidades de deslocamentos terrestres, aéreos e aquáticos, haja vista todo o aparato do Poder Público Federal na Amazônia, como as Forças Armadas, Polícia Federal, IBAMA e outros órgãos. Para a questão da falta de colaboradores a solução reside na contratação mediante concursos públicos ou até mesmo a contratação temporária conforme a lei federal nº 8.745/1993, visando a atender excepcional interesse público. Quanto às restrições orçamentárias enfrentadas pela FUNAI, tem-se que realmente impactam no trabalho desse órgão e fogem à sua capacidade de controle, razão pela qual a União foi citada como litisconsorte passiva necessária na ACP em estudo. Esse último aspecto também não merece ser acolhido, pois o Brasil não está em recessão a dezesseis anos. Muito pelo contrário, convive-se hoje com uma super-arrecadação tributária, que ultrapassa mensalmente suas marcas anteriores. Ou seja, por mais que a FUNAI tente justificar a omissão do órgão na sua tarefa institucional, não explica convincentemente o atropelo que sofrem os povos indígenas dessas terras pela falta de demarcação das terras.

Em evento organizado no município de Barcelos/AM pela Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro (FOIRN) em parceria com a Rede Rio Negro, que inclui o Instituto Socioambiental - ISA, a Fundação Vitória Amazônica - FVA, a WWF-Brasil e Instituto de Pesquisas Ecológicas – IPÊ, entre os dias 30 de setembro

e 3 de outubro de 2009 ficou evidente que o Poder Público local é contrário às demarcações, conforme os registros desse seminário[94]:

> O poder público local, tanto em Barcelos quanto em Santa Isabel do Rio Negro, tem manifestado preocupação em relação ao processo de demarcação de TIs e/ou criação de UCs, acreditando que isto significa um entrave econômico e perda da governança de grandes extensões territoriais dentro dos limites municipais. Vereadores presentes ao seminário afirmaram serem contrários a qualquer tipo de ordenamento territorial em Barcelos, sugerindo que o simples ordenamento das atividades de pesca e turismo resolveria conflitos por acesso aos recursos naturais e aumentaria o desenvolvimento econômico da região. Mas que essas sugestões, de acordo com eles, não seriam encaminhadas com a criação de Áreas Protegidas. No entanto, o governo federal, com seu Programa Corredores Ecológicos do Ministério do Meio Ambiente, vem indicando, por meio das políticas públicas voltadas para o desenvolvimento da Amazônia, a necessidade de áreas reconhecidas e regularizadas para a implementação de projetos e o investimento de recursos.

Como o objetivo desse trabalho é aproximar o leitor da realidade dos povos indígenas do Médio e Baixo Rio Negro, não podia se furtar a trazer relatos pessoais dos próprios índios da região extraídos dos autos da ACP em estudo. Procurou-se ser fiel nas transcrições mantendo-se a linguagem simples por eles utilizada, pois expressa sobremaneira o sofrimento cotidiano numa relação desigual com os comerciantes e outros tipos de exploradores. Fica evidente a crueldade a que são expostos. Violentados em seus direitos fundamentais à terra, saúde, costumes e crenças, veem suas esperanças cada vez menores com o passar do tempo e a inércia do poder público. O Homem Moderno não tem meios de quantificar a dor física e psíquica que sentem os índios, pois são culturas muito diferentes. Também é sabido que não há como voltar no passado e restaurar a destruição causada nessas comunidades, mas é possível frear o processo de aniquilação indígena. Segue então o primeiro relato do índio da etnia Baré, Evanildo Nascimento Martins:

> A pesca esportiva desrespeita os costumes da comunidade, como se o rio fosse somente deles. É comum ver peixes mortos, engasgados com iscas. Não há diálogo deles com a comunidade. A Secretaria de Turismo recebe taxas para benefícios para a comunidades, mas

---

[94] Seminário no Médio Rio Negro (AM) reforça debate democrático sobre ordenamento territorial. http://site-antigo.socioambiental.org. 24/11/2009 14:09.

> nada é feito pela prefeitura do município para repassar os recursos ou benfeitorias decorrentes dos recursos para as comunidades. Existem garimpos ilegais, que contaminam a região do Parque Serra do Aracá com mercúrio.

Prossegue o índio Domingos França, presidente da comunidade Tapera, que faz questão de se identificar como descendente dos Baniwa por parte de mãe e Baré por parte de pai, que:

> A questão do turismo decorre da invasão das terras tradicionais, virando latas de sabão, carreiras de mandioca. Já tentou falar com os pescadores, mas eles informam que pagam o pacote para o município e por isso não tem o que ser conversado. Segundo o prefeito, os recursos iriam para material escolar, merenda, medicamentos, mas isso não tem ocorrido, o que é revoltante. Teme que algo de pior aconteça, eis que o Município de Barcelos não toma providência alguma para que os guias baixem o motor (das embarcações) quando passam pelas comunidades.

O depoimento a seguir é o mais contundente de todos, pois reflete exatamente o que o legislador da nossa Carta Política pretendeu evitar com o reconhecimento dos direitos fundamentais no seu artigo 231, mas, infelizmente, tem sido a realidade das comunidades indígenas do Médio e Baixo Rio Negro. O índio Domingos da Silva Aguiar disse que:

> Trabalha na piaçaba, igual a escravo. Queria ter tranquilidade para dormir sossegado. O patrão tira 10 (dez) quilos na balança, além da taxa. (...) Chegam no igarapé e sobem nas cabeceiras para trabalhar. Não recebem nem um anzol do patrão. O que precisarem tem que comprar do patrão, até remédio. A gasolina é R$ 150,00 a lata, e o normal é R$ 75,00. (...) O fardo da farinha é R$ 275,00.

Não fossem poucos os problemas causados pelo contato com o "mundo civilizado", as populações dessas aldeias sofrem também com os vícios da cultura moderna. Prostituição, alcoolismo e dependência de drogas estão entre alguns flagelos transmitidos pela interação com a população urbana e rural. Foi noticiado pela Assembleia Legislativa do Amazonas em 19 de setembro de 2012 o seguinte[95]:

> Com o objetivo de chamar a atenção dos governos federal, estadual e municipal para o grande índice de prostituição infanto-juvenil, consumo de álcool e drogas em áreas indígenas, principalmente nos

[95] http://al-am.jusbrasil.com.br/noticias/270163/ale-apura-uso-de-drogas-e-prostituicao-entre-indios.

> municípios que fazem fronteiras com a Colômbia e Peru, a Comissão de Assuntos Indígenas da Assembléia Legislativa está se preparando para promover um programa de viagens investigativas aos municípios de Santa Izabel do Rio Negro, São Gabriel da Cachoeira e Tabatinga para fazer um levantamento da situação.

O que mais precisa ser dito? Nos dezesseis anos de atraso na demarcação das terras indígenas do Médio e Baixo Rio Negro, quantas vidas foram desperdiçadas? As tradições, costumes, crenças e conhecimentos da fauna e da flora que se perderam? Diante de toda essa violência, a FUNAI ainda insiste que faz o possível, mas a realidade é que não está cumprindo sua função constitucional.

Para o MPF/AM não há outra alternativa, senão recorrer ao Poder Judiciário para condenar a União e a FUNAI a cumprirem aquilo que deveriam fazer deliberadamente. Os membros do MPF não estão de braços cruzados e silentes aos problemas das aldeias indígenas. A seguir será feita uma breve análise dos provimentos judiciais nas ações movidas pelo MPF/AM nessas demandas.

A TUTELA JUDICIAL NAS DEMARCAÇÕES DE TERRAS INDÍGENAS

Antes de iniciar esse tópico, é importante reconhecer o esforço do MPF para garantir os direitos fundamentais dos povos das florestas, mormente as comunidades do rio Negro. Quando se observa que o órgão federal de assistência aos índios tem sido desidioso no seu mister, as comunidades indígenas encontram refúgio nos átrios do MPF. Merece aplausos o trabalho da instituição ministerial através dos seus agentes públicos. Pessoas sensíveis à causa indigenista e inconformados com a atual política da FUNAI. Compete ao Ministério Público "defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas", conforme o inciso V do artigo 129 da CF/1988. Nesse desiderato, os Procuradores da República tem atuado incisivamente para atenuar o sofrimento das aldeias. Os índios não escolheram ser brasileiros e talvez se sintam cada vez mais desintegrados da comunidade brasileira, haja vista o descaso das autoridades relatado anteriormente.

Como instrumento de proteção dos direitos indígenas, o MPF tem-se servido da ação civil pública de acordo com a permissão do artigo 1º, inciso IV da lei federal nº 7.347/1985 (LACP). O conceito de direitos coletivos expresso no inciso II do § 1º do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor amolda-se perfeitamente ao estudo ora feito. Defensor dos direitos sociais e individuais indisponíveis, o MPF busca a tutela específica de condenação da União e da FUNAI para concluírem a demarcação das terras indígenas. Essa obrigação de fazer é o objeto da demanda e encontra base jurídica no artigo 3º da lei das ACP. Cumulativamente pedem a indenização pelos danos morais coletivos que sofrem as comunidades indígenas atingidas.

A Justiça Federal, em consonância com o clamor do MPF nos casos ora relatados, tem concedido a tutela apropriada. A Advocacia Geral da União (AGU), cumprindo seu dever, alega que esse tipo de provimento quebra a independência dos Poderes, além de solicitar a exclusão da União do polo passivo da lide. Essa tese, entretanto, não tem prosperado, pois a causa de pedir está justamente fundada na omissão do Poder Executivo Federal na condução e conclusão da demarcação das terras. As ações civis públicas são previamente instruídas com o inquérito civil público de competência privativa do Ministério Público decorrente do inciso III do artigo 129 da CF/1988. Durante esse procedimento inquisitorial civil é praxe a solicitação pelo órgão ministerial de documentos e certidões à FUNAI visando a esclarecer os motivos que provocam a demora excessiva nas demarcações. A qualquer pessoa de senso médio, essa ingerência administrativa já seria suficiente para alertar as autoridades competentes sobre a necessidade de conclusão dos procedimentos. Entretanto, a FUNAI restringe-se, na maioria dos casos, a apresentar as justificativas anteriormente citadas. De sorte que, ao final do inquérito civil, o MPF não tem escolha senão ajuizar a ação civil pública. E durante o curso da ação judicial, tanto a UNIÃO quanto a FUNAI continuam reticentes em assumir a sua culpa, sendo o juiz do feito obrigado a prolatar na sentença a desídia do Poder Público, como se verifica no trecho abaixo extraído da ACP nº 6774-30.2013.4.01.3200 citada:

> Não obstante as considerações expendidas pela União e pela FUNAI, entendo que a tese deve ser rechaçada, porquanto as

> providências requeridas pelo Ministério Público Federal já poderiam ter sido adotadas, uma vez que foram excedidos todos os prazos estabelecidos no Decreto nº 1.775/1996, para cada estudo a ser realizado e, também, para a manifestação das autoridades competentes, sem qualquer justificativa plausível para essa demora.

Outro aspecto que se observa nas sentenças dessa natureza é o flagrante desrespeito ao Princípio da Eficiência do Poder Púbico. Tal preceito de índole constitucional pode ser caracterizado pela necessidade de se obter os melhores resultados com economia de meios e tempo. A Administração Pública deve pautar sua atuação com presteza e correção, mas também observando prazos razoáveis para a conclusão das ações. Nesse sentido tem sido a orientação do Colendo STJ, conforme o seguinte julgado:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA O ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO. POSSIBILIDADE. 6. Hipótese em que a demora excessiva na conclusão do procedimento de demarcação da Terra Indígena Guarani está bem evidenciada, tendo em vista que já se passaram mais de dez anos do início do processo de demarcação, não havendo, no entanto, segundo a documentação existente nos autos, nenhuma perspectiva para o seu encerramento.(Resp nº 1114012/SC, relatora Ministra Denise Arruda, 1ª Turma, julgado em 10/11/2009, DJE 01/12/2009).

Em se falando de princípios da Administração Pública, entre os quais cita-se a eficiência, importante ressaltar que os agentes públicos podem ainda ser alcançados pela ação de improbidade administrativa prevista na lei federal nº 8.429/1992 (LIA). O artigo 11 dessa lei prevê que a violação dos princípios que regem a Administração Pública e prescreve algumas condutas de forma exemplificativa. Modalidade de responsabilidade subjetiva do agente público, no caso específico das condutas contempladas no artigo analisado, o dolo é essencial para a configuração da imoralidade qualificada. A importância dessa visão está ligada às penas que são impostas nesse tipo de ação, cuja natureza é civil. O foco principal dessa ação não é o ressarcimento ao Erário, objeto primário da ação civil pública (artigo 3º da LACP). Sendo assim, o responsável poderá perder a função pública, ter seus direitos políticos suspensos, pagar multa civil e ficar impossibilitado

de contratar com o Poder Público (artigo 12, inciso III da LIA). Essas espécies processuais podem conviver pacificamente em função da indisponibilidade do interesse público, sendo conhecida como ação civil pública por atos de improbidade administrativa. Na doutrina de Carlos Frederico Brito dos Santos (1997, páginas 46 a 50):

> (...) como a própria Constituição Federal denominou genericamente a ação do Ministério Público no âmbito cível como ação civil pública (diferenciando-a da ação penal pública), independentemente na nomenclatura que lhe seja dada (ou não) pelo legislador ordinário, ela será sempre "ação civil pública", sendo absurda qualquer confusão entre gênero e espécie por aqueles que pensam que ACP é tão-somente aquela da Lei n.º 7.347/85, fazendo grande confusão no tocante à legitimidade ativa do Ministério Público, fato que tem causado enormes prejuízos à sociedade, que fica indefesa à sanha de corruptos que, invariavelmente, são os beneficiários de tais equívocos.

No que tange aos danos morais coletivos, a jurisprudência do STJ aceita pacificamente sua ocorrência sem necessidade de comprovação da dor individual dos integrantes do grupo. E nessa linha de raciocínio têm seguido também as decisões da Justiça Federal. Basta a conduta ilícita de violação de direitos fundamentais da coletividade. A seguir transcreve-se parte do acórdão do REsp nº 1057274, Segunda Turma, relatado pela Ministra Eliana Calmon, DJE em 26/02/2010:

> 1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. 2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

Por tudo que se apresentou, resta evidente que o órgão federal de assistência indígena enfrenta uma grave crise interna, fruto de restrições orçamentárias e outras questões corporativas. Isso reflete de maneira negativa nos procedimentos demarcatórios. Mesmo entendendo que a demarcação é ato administrativo complexo, dependente de estudos interdisciplinares e decisão de

outros órgãos, ainda assim o que se revela é um estacionamento da demanda indígena nas prateleiras da FUNAI. Para agravar o pleito indigenista, as sentenças proferidas contra a União, sujeitam-se a recurso de ofício de acordo com o inciso I do artigo 475 do Código de Processo Civil. E asim a lide vai consumindo o tempo precioso das comunidades aldeãs.

O tempo está contra os índios e a favor dos madeireiros, garimpeiros, pecuaristas, agricultores, comerciantes e outros tantos interessados que as tribos pereçam. O Poder Judiciário está contribuindo para a garantia dos direitos fundamentais dos índios, mas a verdade é que essas demandas sequer deveriam existir, porquanto a existência do órgão nacional para lidar com as questões indígenas seria, em tese, suficiente para promover o procedimento demarcatório. Enquanto isso, nas aldeias, os índios continuam sofrendo toda sorte de violência em sua cultura, costumes, tradições, terras e família. As indenizações pretendidas não restaurarão as comunidades silvícolas, talvez sequer sirvam de prevenção para a mora do Poder Público Federal. Esses valores não saem da remuneração dos gestores públicos, mas da coletividade que paga os tributos devidos à União, exceto se for comprovado o dolo e aplicada a LIA. Esse ciclo vicioso vilipendia constantemente os direitos fundamentais dos índios.

CONCLUSÃO

Após a exposição acima, é possível afirmar que a demora no procedimento demarcatório das terras indígenas do Médio e Baixo Rio Negro está provocando consequências irreparáveis às comunidades indígenas. O contato excessivo com a cultura do “Homem Civilizado” está corroendo as bases da organização social desses povos. Conquanto sejam primitivos, em muitos aspectos revelam-se mais coerentes que o colonizador, mormente quanto às questões ambientais. A lenta atuação da FUNAI é o cerne do descrédito que se implantou nas aldeias. Vivem à espera da conclusão dos trabalhos de campo das equipes de demarcação e não entendem como pode se arrastar por mais de dez anos esses

levantamentos. A inexistência do prazo legal para a conclusão dos relatórios de área não podem servir para a conduzi-los "ad eternum", pois o Princípio da Razoabilidade é imperativo para todos os órgãos públicos. A derradeira porta que essas comunidades encontraram foi o Ministério Público Federal, que tem conseguido o apoio do Poder Judiciário para declarar medidas coercitivas no sentido de viabilizar a conclusão dos processos administrativos, apesar da batalha dos recursos judiciais entre apelações, agravos e embargos.

Evidente está que as perdas sofridas pelas comunidades indígenas do Médio e Baixo Rio Negro não serão recuperadas com indenizações pecuniárias. A vida dos silvícolas está intrinsicamente relacionada com suas terras e a usurpação do colonizador já atingiu o componente nuclear dessas civilizações, desfiguradas em muitos casos. Os relatos trazidos a essa pesquisa mostram exatamente o cansaço e a hipossuficiência desses povos. Os direitos fundamentais que foram conquistados na Carta Política de 1988 ainda permanecem nos sonhos de muitas tribos.

REFERÊNCIAS

DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini, MARIZ DE OLIVEIRA, Waldemar, & WATANABE, Kazuo. A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 29ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito Internacional Público. Parte Geral. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; IELF, 2005. Pág. 96.

ROCHA, João Carlos Carvalho (coordenador). Ação Civil Pública. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. O Amplo Conceito da Ação Civil Pública, Revista do Ministério Público do Estado da Bahia, nº 08, 1997.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

O PAPEL DOS ATOS INSTITUCIONAIS NA PRIVAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS DURANTE O PERÍODO DE DITADURA MILITAR NO BRASIL

Daniela Silva Fontoura de Barcellos,

RESUMO: Os atos institucionais foram instrumentos importantes para a efetivação do Regime Militar no Brasil durante o período de 1964 e 1985. Nesse sentido, a proposta deste artigo é entender de que forma se deu e quais foram os métodos jurídicos utilizados para restringir direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Para isso, serão utilizadas como base as conclusões de um artigo prévio cujo objeto foi a comparação das Constituições de 1946, 1967, 1969 e 1988, a fim de saber se elas fundamentaram ou incorporaram o espírito autoritário no seu texto, facilitando possíveis controles e intervenções nas liberdades e direitos fundamentais. Neste artigo, serão também feitas comparações entre os Atos Institucionais e as Constituições no intuito de entender qual a relação existente com os Atos Institucionais e os direitos fundamentais dispostos nas Constituições de 1946, 1967 e 1969. A conclusão encontrada foi a de que as modificações dos Atos Institucionais focaram nas punições e possibilidades de contenção e controle de atos de revolta e oposição ao Regime Militar, aumentando as repressões, especialmente nos termos introduzidos pelas Constituições de 1967 e 1969.

PALAVRAS-CHAVE: Regime Militar, Constituição, Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: Institucional Acts were important for military regime effectuation in Brazil during the period of 1964 to 1985. In this sense, this article proposal is to inderstand how occurred and what were the legal methods used for restrai right and garantes of citizens. For this, it will be used the bases for this work the conclusions of a previous artcile whose object was a comparison of the 1946, 1967, 1969 and 1988 Constitutions, in order to know if they justified or incorpored the authoritarian spirit in text. facilitating possible controls and interventions on the freedoms and basic rights. In this article, there will be also made comparaisons between the Institutional Acts and the Constitutions in order to know what the existing relation between the Institutional Acts and the fundamental rights of the 1946, 1967 and 1969

Constitutions. The conclusion found was that modifications introduced by the Institutional Acts focused on punishment and possibilities of containment and control of revolt and oposing acts to the Military Regime, increasing repressions, especially in terms introduced by the 1967 and 1969 Constitutions.

KEYWORDS: Military Regime, Constitution, Fundamental Rights.

1. INTRODUÇÃO

A instituição do Golpe Militar em 1964 em 01 de abril de 1964 veio seguida de um instrumento jurídico de positivação chamado Ato Institucional (AI)[96].

Durante o período de Ditadura Militar vigente até 15 de março de 1985, foram editados dezessete (17) atos, sendo o primeiro em 09 de abril de 1964 e o último em 14 de outubro de 1969. Desses, doze (12) deles foram editados num período de apenas onze (11) meses (AI-5 ao AI-17).

Pode-se dizer que o Ato Institucional em si não continha qualquer intenção de se sobrepor **formalmente** à Constituição. Tanto é que no AI-1 assentou que a "revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte" e que ela "se legitima por si mesma, destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir novo governo". Frisa ainda que "para demonstrar que não pretende radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista".

Logo, por mais que haja uma possibilidade material de sobreposição à Constituição[97] pelo Ato Institucional, entender-se-á que formalmente a Constituição

[96] Os Atos Institucionais são espécies de atos da ordem legislativa. O traço distintivo desse modelo é a possibilidade de modificação constitucionalmente deferidas às pessoas estatais e aos poderes governamentais, por ato mais ou menos discricionário do Poder Executivo ou de quem simbolize, momentaneamente, o programa de reformas da Revolução vencedora

[97] Segundo Ayres Britto (1977), há duas ordens jurídicas que passaram a conviver a partir de 1967. Uma, baseada na Constituição de 1967, produto do Congresso Nacional como agende do Poder Constituinte. Outra, calçada no Ato Institucional nº 5, gerada pelo Comando da Revolução de 1964, também investido de função constituinte de 1º grau. Com o advento da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 a dualidade do ordenamento permaneceu. A técnica de convivência legal foi praticamente a mesma, invertida a relação entre o diploma mantenedor e o mantido. Em 1968, foi o Ato nº 5 que preservou a vigência do estatuto básico de 1967. Agora, o Ato é que foi preservado pela Constituição, em termos de validade formal, através do art. 182 da Constituição de

de 1946 ainda estava em vigor em 1964, ainda mais com a determinação expressa no art. 1º do AI-1, que dizia sobre a sua manutenção, conforme demonstrado no parágrafo anterior. Essa posição também foi mantida com a Constituição de 1967.

Nesse sentido, por mais que haja uma possibilidade de alteração (revogação, suspensão e adição), por meio de um decreto, de disposições presentes na Constituição que estiver vigente à época da edição do AI, é possível dizer que, por outro lado, a preocupação formal de um respeito ao papel Constitucional foi mantido. Questionar se essa Constituição era efetiva e seus direitos vislumbravam uma estrutura democrática não é o foco deste trabalho.

A pretensão que aqui se expõem é somente entender qual a relação existente com os Atos Institucionais e os direitos fundamentais dispostos nas Constituições de 1946, 1967 e 1969[98]

Portanto, partindo do pressuposto que a Constituição de 1946 estava formalmente superior aos Atos Institucionais (mas materialmente inferior a eles), **qual foi o papel dos Atos na restrição de direitos e garantias fundamental presentes nas Constituições Brasileiras vigentes durante a Ditadura Militar no Brasil**?

Na tentativa de responder esta pergunta, o presente trabalho terá início com uma breve síntese de um artigo anterior que analisou criticamente o rol de

---

1969. Contudo, o vínculo de hierarquia legal era de superposição, com superioridade para o Ato Institucional. O AI-5 não teve a pretensão de emendar a Constituição de 1967, seja para acrescentar, suprimir, ou simplesmente alterar o texto constitucional. O que ele pretendeu, realmente, foi implantar um novo sistema normativo, ao lado do já existente. Não, porém, para respeitar o ordenamento anterior, mas para sustenta-lo de forma ajustada à ordem paralela então inaugurada. Ao dizer, expressamente, que a Constituição de 1967 ficava mantida, o Ato Institucional nº 5 manifestou sua preeminência formal, sob cuja autoridade se processou a outorga de manutenção. Obviamente, a Constituição assim preservada passou a retirar sua validade da norma instaurada pelo documento preservador. Assim, a normatividade do Ato Institucional foi erigida em paradigma das regras constitucionais, a nível de vigência. Vigentes seriam, apenas, os dispositivos da Constituição que mantivessem com o AI-5 uma relação de subordinação ou, no máximo, de compatibilidade. Logo, o sistema jurídico institucional elevou-se a termo de referibilidade da vigência das regras insculpidas no lastro da Constituição de 1967. Neste ponto, a Constituição de 1967 permaneceu como lei, mas deixou de ser maior. Transferida a referibilidade da sua vigência para outro sistema positivo, perdeu ela a natureza de lei que se funda em si mesma e que não encontra outras limitações e determinantes que não as contidas no seu próprio bojo. *Lex Maxima*, a partir de então, já não continuaria a ser.

[98] Há um intenso debate em torno da Emenda nº 1, outorgada em 17 de outubro de 1969. Politicamente, o Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, já previa no seu art. 4º que a eleição do Presidente e Vice-Presidente seria feita pelos membros do Congresso Nacional, de forma indireta. Nesses termos, ao sobrepor substancialmente a Constituição de 1967, tornou-se uma nova Constituição, adaptando em si os vários atos institucionais e complementares. Contudo, no meio jurídico, não se figura esse consenso de uma Constituição autônoma, tendo em vista que não houve uma revogação formal da Carta de 1967 e a própria Emenda nº 1 afirma, no seu art. 1º, que "A Constituição de 24 de janeiro de 1967 passa a vigorar com a seguinte redação". Independente disso, para fins didáticos, será considerada que a Emenda nº1 de 1969 é uma Constituição para fim de comparação com as demais Constituições de 1946, 1967 e 1988. Tal afirmação não significa uma associação a qualquer corrente de pensamento, mas somente uma posição para fins organizacionais e estruturais da pesquisa.

direitos e garantias fundamentais presentes nas Constituições de 1946, 1967, 1969 e 1988, comparando-as e entendendo qual foi o papel de cada Constituição durante o Regime Militar.

Posteriormente, a investigação se focará nos Atos Institucionais e as alterações que eles propunham. Por fim, será feita uma correlação entre as diretrizes constitucionais sobre direitos e garantias fundamentais presentes nas Constituições de 1967 e 1969 e as alterações presentes nos Atos Institucionais, de forma a compreender o efetivo papel desses Atos no exercício dos direitos individuais e coletivos.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESENTES NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS DE 1967 E 1969

Foi proposto um questionamento inicial: é possível dizer que as Constituições de 1967 e 1969 permitiam que o regime autoritário imposto pelo Golpe de 1964 no Brasil restringisse os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos?

Após a análise comparativa das quatro Constituições e dos seus referentes capítulos sobre “Direitos e Garantias Fundamentais” chegam-se a duas respostas: a primeira em defesa do Regime Militar e a segunda em defesa das garantias individuais.

Num primeiro olhar, é possível entender que as Constituições de 1967 e 1969 não restringiram de forma relevante e considerável os direitos fundamentais, permanecendo praticamente os mesmos das Constituições de 1946 e sendo usados em grande parte pela Constituição de 1988. Por outro lado, também é possível argumentar que alguns detalhes alterados pelas Constituições de 1967 e 1969 possibilitaram uma atuação discricionária por parte da Administração e, consequentemente, pelo Regime Militar de forma a não garantir meios de proteção contra as possíveis arbitrariedades perpetradas pelo Estado.

O primeiro olhar se baseia num exame sistêmico sobre as quatro Constituições no tocante aos direitos e garantias fundamentais. Numa possível

defesa do Regime Militar, pode-se dizer que as Constituições de 1967 e 1969 não restringiram direitos fundamentais dos indivíduos de forma a beneficiar ou favorecer qualquer tipo de opressão contra os cidadãos e também não tiveram papel fundamental para a concretização do Regime Militar.

Diz-se isso, pois, as Constituições de 1967 e 1969 tiveram pouca alteração entre si e a maioria dos direitos já estava disposta na Constituição de 1946. Além disso, grande número deles foi também repetido e aproveitado pela Constituição de 1988. Há, inclusive, direitos que não existiam e que foram acrescentados (ou consideravelmente aumentados) pelas Constituições de 1967e 1969.

Mais ainda, dentro do conjunto de direitos fundamentais, aquelas garantias que podem ser assim denominadas como essenciais e basilares para a defesa e exercício da dignidade da pessoa humana estavam sempre presentes. É o caso dos princípios da legalidade, da ampla defesa, do contraditório, da irretroabilidade da lei penal, do direito de crença religiosa, convicção filosófica e política, do direito à inviolabilidade da casa, o direito de liberdade de associação para fins lícitos, o direito a inviolabilidade de consciência, de crença e o livre exercício dos cultos religiosos, o direito à liberdade de reunião, sem armas, mediante aviso prévio à autoridade competente, o direito à prisão somente em flagrante por ordem escrita da autoridade competente e a sua comunicação imediata ao juiz competente, o direito de individualização da pena e, não menos importante, o direito de não haver pena de morte, banimento, confisco ou de caráter perpétuo.

Além disso, a Constituição de 1967 aumentou consideravelmente (ou acrescentou) a proteção pormenorizada da igualdade (por diversos motivos, inclusive por convicções políticas), a proteção ao sigilo de correspondências e das comunicações telegráficas e telefônicas, do direito à liberdade de manifestação do pensamento, convicções políticas ou filosóficas, bem como o direito de resposta e também o direito a proteção à integridade física e moral do preso.

Como se não bastasse, no caso de haver qualquer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder e, da mesma forma, no caso de haver uma ilegalidade ou abuso de poder contra direito líquido e

certo não amparado por *habeas corpus* era possível impetrar *habeas corpos* e mandado de segurança, respectivamente. Ademais, pretendendo anular atos lesivos contra o patrimônio de entidades públicas, qualquer cidadão poderia propor ação popular.

Portanto, além dos diversos direitos presentes nas Constituições de 1967 e 1969 que estavam presentes nas de 1946 e 1988, elas também previam os meios necessários para exercê-los e protegê-los em caso de violação.

Contudo, dizer que as Constituições de 1967 e 1969 previam formalmente a proteção de direitos fundamentais e a possibilidade de exercê-los (através dos remédios constitucionais) não significa que elas não estivem ajudando o Regime Militar instaurado no Brasil durante o período de 01 de abril de 1964 a 15 de março de 1985. A questão, então, é verificar se essas proteções aos direitos e garantias fundamentais trazidas pelas Constituições de 1967 e 1969 podem desvincular o Regime Militar da Constituição em si. Para isso, é preciso ter em mente as características principais do Estado Democrático de Direito e qual o papel da Constituição dentro desse sistema.

Uma questão surge: **haveria algum dispositivo em específico dentro do rol de proteções e garantias fundamentais das Constituições de 1967 e 1969 que pudesse dar (ou exponenciar) poderes discricionários (e talvez arbitrários) em desfavor dos cidadãos?**

As aberturas constitucionais desses direitos previam, respectivamente, as seguintes exceções: (i) ninguém pode penetrar nela (**casa**) (...) a não ser em caso de crime ou desastre (...) e na forma que a lei estabelecer; (ii) não há censura para o **pensamento, convicção política ou** filosófica e prestação de informação salvo quanto a diversões e espetáculos públicos[99], (...). Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes[100]; (iii) o ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram

---

[99] A redação original prevista na Constituição de 1967 e alterada pela Constituição de 1969 era a seguinte: "salvo quanto a espetáculos de diversões públicas".

[100] 5 Este último, adicionado pela Constituição de 1969.

previamente as vias administrativas (...)[101]; (iv) a ausência do direito de que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"; (v) é mantida a instituição do júri, com competência de julgamento dos crimes dolosos contra a vida[102]; (vi) todos podem reunir-se sem armas, não intervindo a autoridade senão para manter a ordem (...); (vii) é plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes; (viii) não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar[103]. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública, cargo ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta[104]; (ix) O abuso de direito individual[105] ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção[106], importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.

Assim, vale notar que esse conjunto de direitos acima relacionados e modificados pelas Constituições de 1967 e 1969 são de extrema importância para o exercício da autoridade do Estado, o controle da sociedade e possíveis revoltas do povo. Caso o Regime Militar quisesse exercer sua autoridade diante do povo de modo a garantir a permanência do poder e diminuir a resistência da oposição, certamente esses direitos seriam alguns dos principais a serem alterados.

---

[101] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977

[102] Redação dada pela Constituição de 1969. Na Constituição de 1967, ao menos previa-se a soberania do júri, o que foi retirado do texto de 1969. Nas Constituições de 1946 e 1988 assegurava-se a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos vereditos e a competência para crimes dolosos contra a vida

[103] As exceções foram adicionadas pelo Ato Institucional nº 14 de 1969. Na redação original da Constituição de 1967 só havia uma exceção (em caso de guerra externa), aplicável apenas à pena de morte. Estas exceções adicionadas pelo Ato Institucional nº 14 somente foram revogadas e a redação do artigo voltou a ser aquela original da Constituição de 1967 após Emenda Constitucional nº 11 de 1978, tendo, assim, as modificações e exceções vigorado de 1969 a 1978

[104] A parte final sobre "cargo ou emprego na Administração Púbica, direta ou indireta" foi adicionado pelo Ato Institucional nº 14 de 1969, somente retirado pela Emenda Constitucional nº 11 de 1978. Logo, a modificação vigorou de 1969 a 1978

[105] A Constituição de 1967, na sua redação original, condicionava somente os direitos individuais referentes à manifestação do pensamento, convicção política e prestação de informação, ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, à livre reunião e à garantia de liberdade de associação.

[106] A Constituição de 1967, na sua redação original, utilizava a expressão "para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção

O interessante é que os termos usados eram abertos e permitiam uma atuação genérica da Administração Pública. Isso é um problema quando se trata de direitos fundamentais. A previsão Constitucional é que, ao cidadão, é permitido fazer tudo que a lei não lhe obrigue. Porém, o uso de termos abertos em situações que a Constituição lhe permita (e garanta) determinado direito, em verdade, dá à Administração a previsão genérica de atuar contra o mesmo direito fundamental. Logo, retira-se toda a função que o direito garantiu. Ao final, torna-se um texto sem eficácia concreta.

Não por acaso, as garantias citadas acima remetem às principais formas de resistência que a sociedade teria a seu favor: inviolabilidade da sua casa, liberdade de pensamento, consciência, reunião e expressão, acesso à Justiça através do Poder Judiciário, competência de julgamento dos processos e também do Tribunal do Júri, bem como a proteção contra pena de morte e suspensão dos direitos fundamentais. Tais garantias tiveram adaptações ou alterações nas Constituições de 1967 e 1969 que possibilitaram um exercício discricionário da Administração.

Logo, por mais que se tenha um primeiro argumento afirmando que as Constituições de 1967 e 1969 estabeleceram um sistema completo de garantias e direitos aos cidadãos, tais assertivas não satisfazem completamente um ambiente democrático. Se num Estado Democrático de Direito o uso de expressões abertas e discricionárias já permite que haja diversos problemas em torno da intervenção excessiva nos direitos fundamentais, é especialmente no Regime Militar que essas expressões fazem a legitimação de uma intromissão legitimada através da Constituição Federal. Trata-se de uma estratégia de marketing garantista e libertário, mas que, por detrás, permite a atuação intervencionista e conservadora sobre o povo.

3. OS ATOS INSTITUCIONAIS E SUAS ALTERAÇÕES

Até este momento fez-se um resumo sobre a influência do rol de garantias e direitos fundamentais previstos nas Constituições de 1967 e 1969 e

como esse conjunto permitiu possíveis restrições de liberdades durante o Regime Militar no Brasil entre 1964 e 1985.

A partir desde momento passa-se a abordar o problema trazido por este trabalho: qual foi o papel dos Atos na restrição de direitos e garantias fundamental presentes nas Constituições Brasileiras vigentes durante a Ditadura Militar no Brasil?

A intenção é verificar se as restrições previstas nos Atos Institucionais vão de encontro com aquelas aberturas previstas nas Constituições de 1967 e 1969. Para isso, será necessário, numa primeira etapa, verificar quais foram as violações a direitos e garantias fundamentais delimitadas nos Atos Institucionais para que, posteriormente, possa ser feita uma análise crítica juntamente com as Constituições.

No AI-1, uma alteração importante foi a possibilidade do presidente da República de "remeter ao Congresso Nacional projetos de emenda da Constituição" (art. 3º). Essa alteração se manteve no AI-2 (art. 1º, II). Nos demais atos não foi prevista expressamente essa capacidade.

Além disso, caso quisesse, o Presidente da República poderia enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria (art. 4º, AI-1). No AI-2, a única previsão nesse sentido era a possibilidade do "Presidente da República de baixar atos complementares do presente, bem como decretos sobre matéria de segurança nacional". No AI-4, há uma referência à essa capacidade prevista no AI-2 estabelecendo a data limite de 15 de março de 1967 (art. 9º). Também no art. 9º, mas do AI-5, manteve-se essa competência prevista no AI-4 e, "caso necessário à defesa da Revolução, (poderia adotar) as medidas previstas nas alíneas “d” e “e” do §2º do art. 152 da Constituição de 1967" (suspensão da liberdade de reunião e de associação e censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas). No AI-7 voltou-se com o texto genérico sobre a competência do Presidente da República para baixar Atos Complementares (art. 8º), o que foi mantido no AI-11 (art. 6º). Nos demais, não foram feitas sobre a competência do Presidente.

Também referente às regras de competência, o AI-2, no art. 7º, instituiu o Superior Tribunal Militar. No art. 8º o ato editou suas competências, prevendo que

“esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para a repressão contra a segurança nacional ou as instituições militares” bem como a “prevalência desta competência sobre qualquer outra estabelecida ainda que tais crimes tenham igual definição nestas leis”.

Contudo, outras atribuições específicas foram delimitadas. Uma das possibilidades era a decretação do estado de sítio, ou prorrogá-lo, pelo prazo máximo de trinta (30) dias (art. 6º, AI-1). No AI-2, o prazo máximo foi aumentado para cento e oitenta (180) dias no intuito de "prevenir ou reprimir a subversão de ordem interna (art. 13). Além disso, "o ato que decretar o estado de sítio estabelecerá as normas a que deverá obedecer a sua execução e indicará as garantias constitucionais que continuarão em vigor" (p.u., art. 13, AI-2). Já no AI-5 o prazo não foi estabelecido, deixando à discricionariedade do Presidente da República (art. 7º). Nos demais, não foram feitas indicações sobre a competência do Presidente para decretação do estado de sítio.

Outra vedação prevista inicialmente no AI-1 diz respeito à "suspensão, por seis (06) meses, (d)as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade" (art. 7º). No AI-2, foram mantidas essas suspensões e adicionadas também a inamovibilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo, mas agora sem prazo determinado (art. 14). No AI-5, todas essas suspensões foram mantidas (art. 6º). Nos demais, não foram feitas indicações sobre essa suspensão de direitos.

Uma interessante restrição foi prevista no art. 10 do AI-1. "No interesse da paz e da honra nacional (...) os Comandantes em Chefe (...) poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos". No AI-2, o texto só teve alteração quanto ao Presidente da República como competente e aumentando o polo passivo de suspensão para "quaisquer cidadãos" (art. 15). No AI-5 o texto se manteve, alterando somente quanto a parte do Presidente, "ouvido o Conselho de Segurança Nacional" (art. 4º). Este mesmo ato adicionou que a suspensão dos direitos políticos importa, simultaneamente, em (i) cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função; (ii) suspensão do direito de votar e ser

votados nas eleições sindicais; (iii) proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política; (iv) aplicação, quando necessária, das medidas de segurança: (a) liberdade vigiada; (b) proibição de frequentar determinados lugares; c) domicílio determinado (art. 5º). Mais ainda, o §1º do art. 5º do AI-5 acrescenta que "o ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados". No AI-10 manteve-se esse mesmo texto. Nos demais, não foram feitas indicações sobre essa suspensão de direitos políticos.

Apesar do AI-1 já ter previsto a limitação da apreciação judicial, ainda se previa uma forma de controle jurisdicional. De acordo com o §4º do art. 7º do AI-1, "o controle jurisdicional desses atos (suspensão da vitaliciedade e estabilidade) limitar-se-á ao exame de formalidade extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade". Porém, o AI-2 é que aprimorou a redação, no seu art. 19, **excluindo de apreciação judicial** quaisquer atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal, com fundamento em cada Ato Institucional, bem como seus respectivos efeitos. Essa disposição se repete nos Atos Institucionais seguintes com a redação: “ficam 22 Adicionado pelo AI-2, art. 6º. 23 Adicionado pelo AI-2, art. 6º.

Com isso, nesta etapa da pesquisa, é possível estabelecer algumas conclusões sobre o papel dos atos institucionais na violação de direitos fundamentais durante o período da ditadura militar.

O primeiro a ser analisado o aumento da competência do Presidente da República. No AI-1 foi dada a ele a **possibilidade de remeter ao Congresso Nacional projetos de emenda da Constituição** e sobre qualquer matéria. Além disso, em matéria de competência, foi instituído o **Superior Tribunal Militar**, cujo foro especial poderá estender-se aos civis para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares, prevalecendo sobre qualquer outra competência. Ao mesmo tempo, esvaziava-se a garantia de **apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito**. Na Constituição de 1967 e 1969 o texto previa, originalmente, a não exclusão da apreciação por qualquer lei. Contudo, desde o AI-1 (aprimorado pelo AI-2), já constava a previsão de exclusão de

apreciação judicial quaisquer atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal com fundamento em cada Ato Institucional, bem como seus respectivos efeitos. A emenda 7 de 1977 restringiu mais ainda o direito condicionando a apreciação do Poder Judiciário ao exaurimento prévio das esferas administrativas.

Outra previsão foi aquela que dizia respeito às liberdades individuais. Há três garantias que abordam o tema: a) liberdade de reunião, sem armas, mediante aviso prévio à autoridade competente, b) liberdade de consciência, de crença e o livre exercício dos cultos religiosos e c) liberdade de manifestação do pensamento, convicção política ou filosófica. Constitucionalmente, as restrições podiam acontecer para "manter a ordem" (reunião), caso contrariasse a "ordem pública e os bons costumes" (consciência e crença) e censura (pensamento, convicção política ou filosófica). O Ato Institucional nº 2, inclusive, continha a mesma restrição prevista na Constituição de 1967 e 1969 a esses direitos **não será tolerada a propaganda de guerra, subversão, da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe**.

Como forma de punição e controle dessa manifestação do pensamento as alterações na Constituição previam as exceções para **pena de morte, prisão perpétua, de banimento e confisco** nos casos de guerra externa psicológica adversa, revolucionária ou subversiva. O AI-1 já começou trazendo a possibilidade de instauração de processos individuais ou coletivos para apuração de atos de guerra revolucionária. O AI-2 aumentou a possibilidade de repressão ao permitir a decretação de estado de sítio para prevenir ou reprimir a subversão da ordem interna, indicando as garantias constitucionais que continuarão em vigor. O AI-5, por sua vez, deixou explícita a possibilidade de pena de confisco no caso de enriquecimento ilícito.

Além disso, interessante notar as restrições previstas em temas envolvendo direitos políticos dos cidadãos. As Constituições de 1967 e 1969 previam a **suspensão dos direitos individuais ou políticos** quando houvesse abuso com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção. O AI-1 trazia a possibilidade de suspensão em casos de interesse da paz e da honra nacional, importando também, simultaneamente, em (i) cessação de privilégio de

foro por prerrogativa de função; (ii) suspensão do direito de votar e ser votados nas eleições sindicais; (iii) proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política; (iv) aplicação, quando necessária, das medidas de segurança: (a) liberdade vigiada; (b) proibição de freqüentar determinados lugares; c) domicílio determinado. Especialmente aos servidores públicos, eles poderiam ter suas garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a do exercício em funções por prazo certo.

Por fim, vale citar também a restrição prevista no AI-5, mas que não dizia respeito a direitos materiais, tais como os acima citados, mas quanto ao exercício de defesa deles. Houve a **suspensão da garantia do *habeas corpus***, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Essa previsão do AI-5 ia completamente de encontro com aquilo previsto no art. 153, §20, tanto da Constituição de 1967 quanto da Constituição de 1969 que garantia o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se

achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Assim, é possível concluir que as brechas constitucionais no tocante a direitos e garantias fundamentais foram “aprimoradas” e aproveitadas pelos Atos Institucionais como forma de restringir direitos dos cidadãos.

As Constituições de 1967 e 1969, por meio de expressões abstratas e abertas, autorizavam restrições especialmente ao direito à inviolabilidade da casa do indivíduo, ao direito de liberdade de manifestação do pensamento, às convicções políticas ou filosóficas, ao direito de apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de direito, ao direito de ser processado e sentenciado por autoridade competente, aos direitos inerentes ao Tribunal do Júri, ao direito de liberdade de reunião, sem armas, mediante aviso prévio à autoridade competente, ao direito de liberdade de consciência, de crença e o livre exercício de cultos religiosos e ao direito de não haver pena de morte, confisco, banimento e de caráter perpétuo e a suspensão dos direitos políticos.

No mesmo sentido, nota-se que os Atos Institucionais previam restrições à livre manifestação do pensamento e convicção, liberdade de consciência e reunião ao impor censura na propaganda de guerra, subversão, da ordem e preconceitos de raça ou classe. Violações a esses preceitos tinham a possibilidade de serem penalizadas com o confisco de bens, inquéritos e processos individuais ou coletivos, além da decretação do estado de sítio. Como se não bastasse, não era possível recorrer ao Poder Judiciário diretamente, tendo que exaurir primeiro as esferas administrativas e não se podia contestar o teor dos Atos Institucionais. E, para piorar, no interesse da paz e da honra nacional, havia a possibilidade de suspensão dos direitos políticos, importando também em restrições nos direitos individuais, tais como o de locomoção. Caso se quisesse contestar estas arbitrariedades, por mais que a Constituição determinasse a garantia do *habeas corpus,* o Ato Institucional o suspendeu no caso de crimes políticos, contra a segurança nacional, ordem econômica e social e economia popular.

Portanto, o que se nota através de todas essas análises sobre os direitos e garantias fundamentais é que, exceto na restrição do *habeas corpus* que contraria expressamente o texto Constitucional, as demais previsões dos Atos Institucionais vão exatamente de encontro com as brechas e expressões abertas introduzidas nas Constituições de 1967 e 1969 com o fim de manter o controle social da ordem pública contra subversões ao regime político. Um detalhe interessante é que as censuras e restrições constitucionais tiveram seus procedimentos detalhados pelos Atos Institucionais. Contudo, nota-se também que as expressões como "subversão da ordem", "moral e bons costumes", "guerra revolucionária", "interesse da paz e da honra nacional" restaram sem definição legal para o seu enquadramento. Entende-se que, por ser um Golpe Militar, a possibilidade de preocupação com o princípio da legalidade é menor (senão quase nula), mas também se entende que, até o momento, a preocupação do foi de dar legitimidade ao Regime, o que se faz utilizando, por exemplo, a legalidade.

Dessa forma, para os próximos estudos, a preocupação será de analisar as leis ordinárias a fim de investigar quais foram as alterações introduzidas neste período e constatar se essas modificações legais coadunaram também na restrição

de direitos e garantias fundamentais, aproveitando-se das brechas e generalidades introduzidas pelas Constituições de 1967 e 1969 e aperfeiçoadas pelos Atos Institucionais.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho pretendeu abordar o problema da restrição de direitos fundamentais pelos Atos Institucionais. Para isso, utilizou-se as conclusões oriundas de um trabalho anterior que analisou as alterações nas Constituições de 1967 e 1969 no rol de garantias fundamentais a fim de estabelecer se essas modificações ajudaram na restrição das liberdades individuais.

As conclusões deste trabalho seguem na direção do trabalho anterior. Os espaços abertos pela Constituição no seu texto, permitiram que o Estado adentrasse na esfera privada de proteção do cidadão, fazendo com que o núcleo mínimo de defesa ficasse esvaziado. A discricionariedade, permitida pelas alterações constitucionais, também foi permitida pelos Atos Institucionais ao passo que estes se valeram das expressões e locuções abertas adicionadas pelo Regime Militar no intuito de estabelecer procedimentos arbitrários contra o cidadão. Além disso, também se nota que foram inseridas pelos Atos Institucionais novas restrições ao cidadão, fazendo com que tirasse da Constituição a sua supremacia hierárquica.

Por tudo isso, entende-se que enquanto as alterações realizadas nas Constituições de 1967 e 1969 pretenderam o controle da emanação das ideias, a exteriorização do pensamento, a sua propagação, diminuir a possibilidade de controle do Poder Judiciário, prever punições maiores para desincentivar os indivíduos a se rebelarem contra o sistema e suspender os direitos políticos daqueles que tivessem o propósito de subverter a “democracia”. Já as modificações dos Atos Institucionais focaram nas punições e possibilidades de contenção e controle de atos de revolta e oposição ao Regime Militar, aumentando as repressões, especialmente nas aberturas temáticas contidas nas Constituições de 1967 e 1969.

BIBLIOGRAFIA

BRITTO, Carlos Ayres. O problema da vigência dos atos complementares posteriores à edição do AI-5. **Revista de Direito Processual Geral**. Rio de Janeiro, (32), 1977.

BENEFÍCIOS FISCAIS INCONSTITUCIONAIS NA CADEIA DA NÃO-CUMULATIVIDADE:

POR UMA SOLUÇÃO EM BENEFÍCIO DO FEDERALISMO, DA AUTONOMIA DOS ESTADOS E DA LIVRE-CONCORRÊNCIA.

Florence Haret*

Guilherme Adolfo Mendes*

Resumo: O presente artigo pretende demonstrar algumas inconsistências na aplicação da regra constitucional da não-cumulatividade do ICMS. A interpretação literal do termo "cobrado" para efeito de creditamento resulta em bitributação, afetando o princípio da neutralidade e descumprindo a técnica da não-cumulatividade, devendo se dar sob a ótica do comprador e segundo aquilo que se vê destacado na nota fiscal. Por sua vez, a inaplicabilidade do benefício estadual inconstitucional no território do Estado do comprador pode se dar por duas vias. Primeiro, por padrões infra-constitucionais, é questão de vigência, sendo disciplinada por norma geral e abstrata expedida pelo Executivo do Estado de destino, sendo desnecessária a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo para impedir o creditamento do adquirente e bastando simples ato do executivo. Segundo, pelo patamar constitucional, é vício de validade, o que será reconhecido por acórdão do Supremo, regulando, a partir do termo que definir, o momento em que se admitirá a glosa. Nas duas situações, tutela-se a concorrência e a livre-iniciativa porque iguala todos os contribuintes, cumprindo a não cumulatividade, regra em prol do princípio da neutralidade.

Palavras-chaves: ICMS; federalismo; não-cumulatividade; creditamento; inconstitucionalidade; livre-iniciativa

---

* Doutora e Pós-doutoranda pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo; Professora da UNIMAR; Professora na COGEAE/SP, COGEAE/SS, ESPGE, IBET e EPD.

* Mestre e Doutor em Direito Tributário pela USP. Auditor Fiscal da Receita Federal e Superintendente Adjunto no Estado de São Paulo. Professor da USP-Ribeirão Preto, do IBET, da Fundação Getúlio Vargas/SP – GV Law no Curso Preparatório FMB.

Abstract: This article aims to show some inconsistencies in the application of constitutional rule of non-cumulative ICMS. The literal interpretation of "charged" for crediting effect results in double taxation, affecting the principle of neutrality and not complying with the technique of non-cumulative, and should be given from the perspective of the buyer and according to what you see highlighted in the invoice. In turn, the inapplicability of unconstitutional state benefit in the buyer's state territory can happen in two ways. First, by infra-constitutional standards, it is a matter of force, being disciplined by general and abstract rule issued by the State of destination Executive, rendering unnecessary the declaration of unconstitutionality by the Supreme to prevent the buyer and credited simply simple executive order. Second, the constitutional level, is vice validity, which will be recognized by a judgment of the Supreme, regulating, from the end to set the moment you admit the disallowance. In both situations, guardianship is competition and free enterprise because it equals all taxpayers, fulfilling the non-cumulative, rule in favor of the principle of neutrality.
Keywords: ICMS ; federalism; non-cumulative rule; crediting; unconstitutional; free enterprise.

INTRODUÇÃO

A tributação amiúde escamoteada no preço de bens e serviços está presente no dia a dia das pessoas, das instituições e das nações. Um simples ato de comprar pão e leite na padaria da esquina implica que alguém deverá levar certa quantia de dinheiro para o Estado. Esse aspecto de fornecer aos cofres públicos recursos para que possa desenvolver suas várias tarefas, como a de prestar serviços públicos à população, é apenas um dos vários outros aspectos que deve nortear a instituição de tributos e a interpretação do enorme conjunto de diplomas normativos que versam sobre a matéria.

Os tributos influenciam as condutas das pessoas, físicas e jurídicas, públicas e privadas. Da mesma forma que um particular geralmente altera o seu comportamento, às vezes de forma ilícita, para sofrer o menor ônus tributário, governos são incentivados a buscar o maior nível de arrecadação, não raras vezes,

com desprezo pelos ditames superiores da ordem jurídica a que deveriam se submeter.

O descumprimento dos preceitos do Sistema Tributário Nacional geralmente prejudica os agentes privados, mas não só eles. Ao concorrer por investimentos em seu território por meio de desonerações tributárias, um ente público pode causar prejuízo a um outro. Todavia, o resultado da chamada “Guerra Fiscal” geralmente não se restringe ao deslocamento da receita de um ente político para outro e nem à redução global da arrecadação pública. A Guerra Fiscal pode também criar ineficiências econômicas e, com isso, reduzir o nível de renda e emprego do País como um todo.

São muitos os exemplos dessa prática. Municípios periféricos a grandes Capitais, por exemplo, reduzem a alíquota do ISS para atrair prestadores de serviço. Todavia, a guerra mais intensa ocorre entre os Estados e em relação a cada um dos impostos da sua competência. O Paraná, por exemplo, reduziu a alíquota do IPVA com a finalidade de que proprietários paulistas licenciem seus veículos no referido Estado e para lá recolham o imposto. É, contudo, no âmbito do ICMS, que se desenvolvem as batalhas mais acirradas. Esse imposto, além de representar a maior arrecadação do País (a arrecadação do ICMS em todos os Estados supera inclusive a arrecadação do imposto de renda pela União), possui estrutura federal, pois a tributação num Estado influencia a apuração do valor devido nos outros Estados.

Para evitar a cumulatividade, também conhecida por “tributação em cascata”, o ICMS opera segundo o mecanismo de compensação de créditos, isto é, o valor cobrado nas etapas anteriores, inclusive por distintos Estados, pode ser compensado com o valor devido nas etapas seguintes. Assim, por exemplo, o fabricante de um automóvel não deve recolher integralmente o ICMS destacado na nota fiscal do bem vendido, pois poderá abater o valor que foi dele cobrado ao adquirir as peças para montá-lo.

A não-cumulatividade tem por finalidade garantir a neutralidade da tributação em relação ao modo de produção. Por outras palavras, esse critério de tributação objetiva garantir que a carga tributária final sobre um produto seja a mesma independentemente do tamanho da cadeia de produção e da característica e

localização de cada um dos seus elos. Desse modo, o agente privado pode escolher o modo de produção mais eficiente do ponto de vista estritamente econômico.

Como o ICMS possui caráter federal, mas é de competência estadual, a Constituição Brasileira é bastante minuciosa ao estabelecer sua disciplina. Não há imposto que concorra com o ICMS em quantidade de dispositivos constitucionais especificamente dispensados para a sua regulação. Todavia, esse regramento de caráter geral, ou seja, que submete todos os Entes da Federação, não se esgota no plano constitucional. Foram reservadas, à lei complementar da União, diversas competências normativas peculiares a esse imposto. Uma delas é a de regular a forma mediante a qual os Estados e o Distrito Federal, por convênio, podem conceder e revogar incentivos, isenções e benefícios.

É na Lei Complementar nº 87/96, e nas suas alterações, que encontramos a maioria das regras gerais infraconstitucionais relativas ao ICMS. No entanto, a disciplina atinente aos convênios está traçada na Lei Complementar nº 24/75, cujo cumprimento objetiva impedir ou, ao menos, reduzir a prática da Guerra Fiscal.

O presente caso, conforme narração que virá a seguir, irá tratar justamente da concessão de incentivos fiscais de ICMS em descumprimento das regras estabelecidas para evitar a Guerra Fiscal e seus efeitos sobre os contribuintes envolvidos.

2. APRESENTAÇÃO DE CASO PRÁTICO.

A “Sapatos Magníficos”, empresa domiciliada no Município de Franca, SP, adquiriu, em 1995, insumos da “Cadarços Sensacionais”, empresa domiciliada no Município de Santa Maria Madalena, no norte fluminense, beneficiada pelos incentivos previstos na Lei nº 2.273/94, de 27 de junho de 1994 do Estado do Rio de Janeiro.

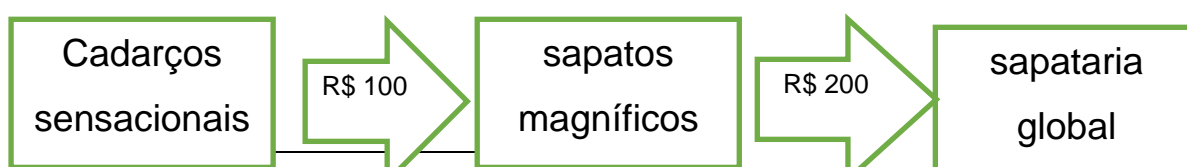
Em 1999, a Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo realizou autuação de ICMS contra a empresa paulista em razão da glosa dos créditos fiscais decorrentes das aquisições da empresa fluminense. Nos termos da acusação, os

referidos créditos não poderiam ser aproveitados pela empresa paulista, uma vez que estariam embasados em benefícios concedidos à margem da Constituição Federal e dos demais diplomas normativos que estabelecem normas gerais sobre o tema.

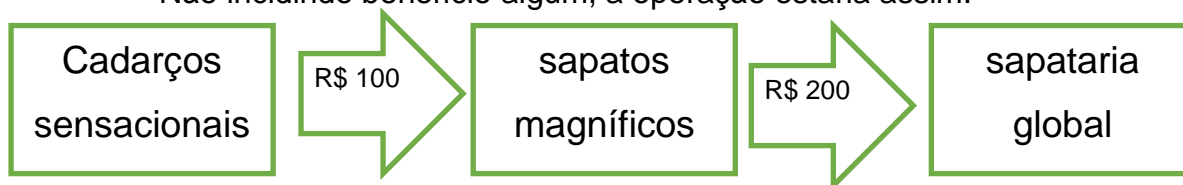
Após longa refrega administrativa, o auto de infração foi definitivamente julgado, em 2009, pelo Tribunal de Impostos e Taxas em desfavor do contribuinte. Dentre as razões que fundamentaram a decisão, o órgão paritário de julgamento fez referência ao Comunicado CAT n. 36/2004.

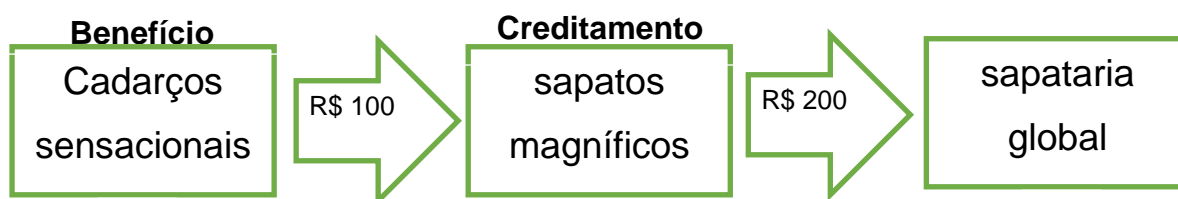
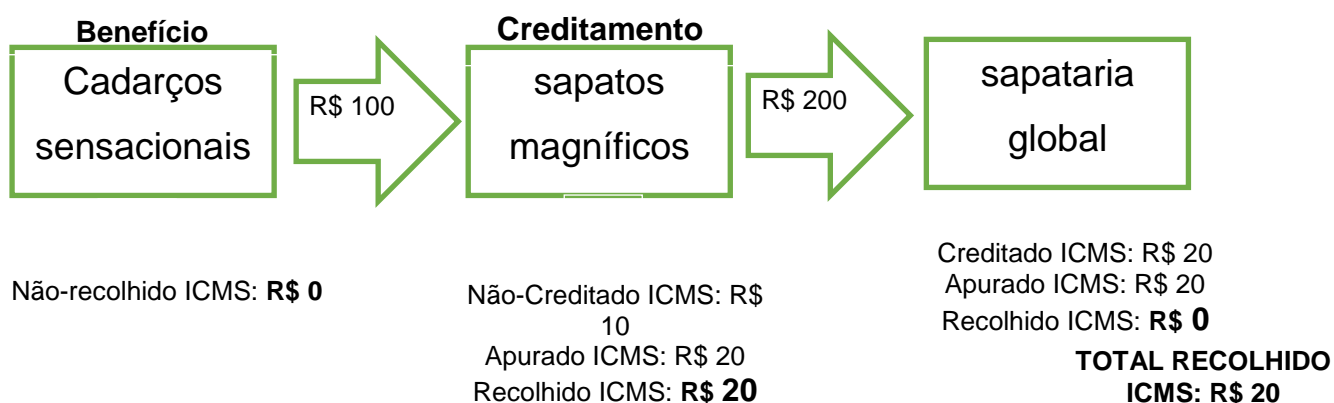
Em 2012, antes de a Fazenda Pública empreender a cobrança executiva, o contribuinte ingressou, em juízo, com ação anulatória de débito fiscal.

Vale observar que a referida Lei nº 2.273/94 foi objeto da ação direta de inconstitucionalidade, ADI nº 1.179, com liminar concedida em 29/02/96 e decisão definitiva em 13/11/2002.[107] A ação foi julgada procedente e declarada a inconstitucionalidade da Lei 2.273/94, regulamentada pelo Decreto Estadual 20.326/94. Para sanear os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o Estado do Rio de Janeiro publicou a Lei nº 3.394/00, a qual também foi atacada por ADI, a de número 2.906, julgada em 01/06/2011.

Para fins de facilitar a compreensão dos argumentos abaixo e objetivar o pensamento, partindo das premissas do caso em concreto, imaginemos que a cadarços sensacionais (em RJ) venda os cadarços a R$ 100,00 para a empresa sapato magníficos (em SP). Acrescentemos, ainda, que a ultima venda os sapatos prontos a R$ 200,00 à sapataria global (em sp). A cadeia produtiva ficaria assim representada:

[107] "EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. "GUERRA FISCAL". BENEFÍCIOS FISCAIS: CONCESSÃO UNILATERAL POR ESTADO-MEMBRO. Lei 2.273, de 1994, do Estado do Rio de Janeiro, regulamentada pelo Decreto estadual nº 20.326/94. C.F., art. 155, § 2º, XII, g. I. - Concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, por Estado-membro ao arrepio da norma inscrita no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, porque não observada a Lei Complementar 24/75, recebida pela CF/88, e sem a celebração de convênio: inconstitucionalidade. II. - Precedentes do STF. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente." (STF, ADI 1.179/SP, Min Rel Carlos Veloso, 13/11/2002, Tribunal Pleno)

Com força neste exemplo prático, já vimos que a "Cadarços Sensacionais" é beneficiada pelos incentivos inconstitucionais previstos na Lei nº 2.273/94 e, com base nela, não recolhe ICMS, destacando na nota fiscal o ICMS que seria devido. São Paulo, por sua vez, antes mesmo de qualquer pronunciamento do Supremo a respeito da inconstitucionalidade do beneficio concedido pela lei fluminense, glosa a "sapatos magníficos" pelos créditos fiscais decorrentes das aquisições da empresa "Cadarços Sensacionais". Imaginemos, ainda, que inexiste benefício fiscal na operação entre a "sapatos magníficos" e a "sapataria global", incidindo suposto ICMS a 10%.

Não incidindo benefício algum, a operação estaria assim:

TOTAL RECOLHIDO ICMS: R$ 30

Quando se inclui na incidência o benefício a situação descrita se modifica

Quando o benefício é declarado inconstitucional e ocorre a glosa pelo estado de são Paulo, a situação se torna mais ainda desequilibrada:

O caso prático é trazido neste artigo para que seja um instrumento de fácil percepção de nossos argumentos. Por isso mesmo, façamos breves comentários sobre os efeitos da tributação em cima deste mesmo exemplo concreto.

3. OCORRÊNCIA DE BITRIBUTAÇÃO NA PRÁTICA E EM CONFORMIDADE COM A ATUAL EXEGESE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

Partiremos dessas alusões fácticas para alcançar as conclusões gerais sobre o tema. No exemplo, o crédito presumido concedido no Estado do Rio de Janeiro é aproveitado integralmente pela “cadarços sensacionais”. A “sapatos magníficos” é onerada pela alíquota cheia, como consta, normalmente, da nota fiscal que instrumentaliza a operação interestadual. Se o Estado de São Paulo estorna o crédito da empresa adquirente por força de entender inconstitucional o benefício fiscal concedido na origem estará penalizando-a por crédito aproveitado unicamente pela “cadarços sensacionais”. Tais valores, embutidos no preço dos cadarços vendidos, não aproveita a companhia destinatária, pelo contrário, onera-a no preço de aquisição.

Por outro lado, se o Estado do Rio de Janeiro passa a cobrar da empresa fornecedora em face de declaração de inconstitucionalidade do benefício fiscal por

ele concedido pelo judiciário, tais valores do ICMS também incidirão para a fornecedora.

Em resumo, teremos ICMS cobrado pelo Estado do Rio de Janeiro a empresa fornecedora (cadarços sensacionais) e pelo Estado de São Paulo a empresa adquirente (sapatos magníficos). Um mesmo fato na cadeia produtiva, portanto, dá ensejo a duas incidências, por dois diferentes entes tributantes. Estamos diante de evidente *bitributação*.

Ora, o termo remete exatamente a hipótese de um só fato gerador ser considerado por dois entes tributantes diferentes. No caso, são dois Estados – São Paulo e Rio de Janeiro – cobrando ICMS da operação de compra e venda entre cadarços sensacionais e sapatos magníficos. Um pela glosa do creditamento feito pela “sapatos magníficos” de benefício fiscal inconstitucional; outro pelo lançamento de ofício após declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal de tal benefício concedido sem prévia anuência dos demais Estados por convênio. Isso é o que acontece hoje. Torna latente, desde já, que soluções simplistas pela mera declaração de inconstitucionalidade do benefício por acórdão do Supremo não satisfazem todos os efeitos tributários que circundam a matéria.

O atual entendimento do Supremo Tribunal Federal condiciona o creditamento do ICMS à validade do benefício fiscal, quando pronunciou sobre a vigência do art. 8º, I, da LC 24/75. Isto posto, extrapolando a regulamentação da mencionada Lei Federal, o Estado de origem que fixa, de forma autônoma, incentivos fiscais sem observância dos preceitos dos artigos 150, § 6.º; e 155, § 2.º, XII, G, da Carta Maior são inconstitucionais e, desta forma, não geram direito ao creditamento pelo vendedor. Declara a inconstitucionalidade, o estado de origem lança de ofício o valor de ICMS creditado. Por outro lado, o Estado destinatário glosará o ICMS destacado na nota fiscal, anteriormente beneficiando o vendedor, cobrando da adquirente a quantia por ela creditada.

O atual entendimento do Supremo assenta, com perfeição, suas premissas na Carta da Republica. Não há como atribuir constitucionalidade em Lei estadual que concede beneficio fiscal sem anuência, por convênio, dos demais estados, como manda os artigos 150, § 6.º; e 155, § 2.º, XII, G, da CF/88. Contudo,

o referido Tribunal deixa de considerar os efeitos negativos dessa declaração pura e simples de inconstitucionalidade e, ao deixar de fazê-lo, faz acontecer uma outra inconstitucionalidade: a bitributação.

Na mesma operação de compra e venda, não posso cobrar dos dois pólos (vendedor e comprador) o ICMS devido. Seja qual for o entendimento de qual seja o Estado competente para cobrar o ICMS devido, fato é que não é dos dois, sob pena bitributação. Não há como fugir: dois tributos sobre a mesma base fática é bitributação.

A jurisprudência é clara a negar este direito quando ocorrente em contrario sensu. Assim, do mesmo modo que os Tribunais negam ao contribuinte o direito de se aproveitar de benefício fiscal no estado de saída e, ao mesmo tempo, de beneficiar-se do creditamento no estado de destino, também, ao revés, descabe proceder a dupla incidência. O quadro fático é o mesmo, apenas se transpõe a discussão de débito para crédito.

> Subsidiariamente, a contribuinte argumenta que a isenção de ICMS é inválida, porquanto veiculada por decreto do Executivo. A empresa aproveitou-se da isenção no momento da saída, visto que não recolheu o ICMS sobre a venda da mercadoria. Posteriormente alega que tem direito ao creditamento, pois esse benefício fiscal foi irregularmente concedido.[108]

É de se concluir, pois, que hoje, com certeza, a solução que se tem dado ao problema é errada. Assim, há de se aprofundar nos verdadeiros meandros que a matéria enseja e conferir uma solução verdadeiramente justa para ambos os lados.

4. PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE E TÉCNICA DA NÃO-CUMULATIVIDADE.

A incidência de ICMS ocorre em cadeia. Leva em consideração as etapas produtivas da mercadoria, buscando, por uma série de operações, evitar a tributação em cascata. É trabalhando para a incidência apenas sobre o valor agregado na

[108] STJ, EDcl no RMS 23.159/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 21/08/2009

mercadoria que surgem os princípios da neutralidade e a técnica da não-cumulatividade.

O princípio da neutralidade está implícito no ordenamento brasileiro. Norteia a legislação tributária em prol dos paradigmas liberais. Diz-se ocorrer tributação neutra quando o tributo não influencia as condutas dos sujeitos econômicos.

Pela exegese liberal, o tributo deve ser neutro, de forma a ser elemento fora do que deva ser considerado pelos agentes econômicos. Se o tributo age como fator influenciador nas decisões dos agentes de produção, isso acaba por reduzir eficiência destes, desequilibrando o mercado e limitando a livre-inciativa. As considerações sobre o modo de produção passam a ser não mais por aquele que se mostra mais eficiente na linha de produção, mas, sim, aquele que tem menor incidência tributária.

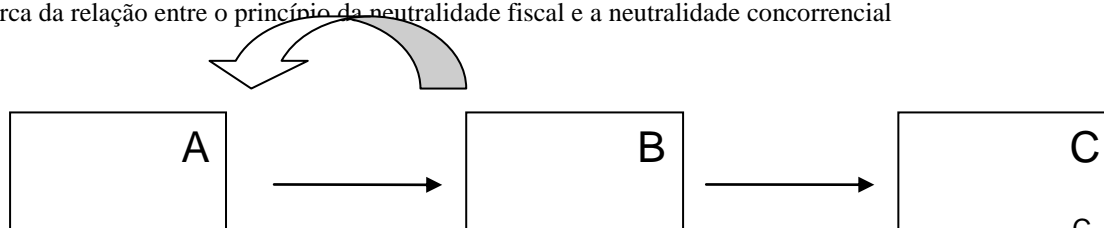
A Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003 incorporou na Constituição a orientação do princípio da neutralidade, acrescentando o artigo 146-A, assim o dispondo:

> Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.”.

Marco Aurélio Greco já se pronunciou sobre o princípio da neutralidade fiscal sob o enfoque da sua influência na concorrência entre os agentes: “o tributo não deve se constituir um elemento que interfira na concorrência; não pode se transformar em custo maior para uns do que para outros concorrentes.”109

Ricardo Seibel de Freitas Lima considera como imposição do princípio da neutralidade duas formas de atuação do Estado: negativa ou positiva, conforme o caso. É o seu entendimento:

> A neutralidade tributária, desse modo, pode ser entendida, em primeiro plano, como um dever negativo, ou de omissão ao Estado, de não interferir na concorrência por meio da tributação, e, em

[109] GRECO, Marco Aurélio. “Os impasses no sistema tributário”. VIEIRA, JOSÉ RIBAS (org) *20 anos da Constituição Cidadã de 1988 - Efetivação ou Impasse Institucional?* São Paulo: Editora Forense, 2008. Acerca da relação entre o princípio da neutralidade fiscal e a neutralidade concorrencial

> segundo plano, como um dever positivo ou de ação, de prevenir ou restaurar, quando for o caso, a igualdade de condições na concorrência, quando esta se encontre ameaçada por ações de particulares ou outros fatores relevantes, sempre objetivando a preservação da igualdade de condições competitivas no mercado.[110]

Na situação dos benefícios fiscais concedidos pelo estado de origem sem anuência em Convênio, isso gera enormes distorções no mercado, seja quando da sua concessão, seja com sua declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, como já vimos. O tributo se transforma em custo maior para uns do que para outros concorrentes: na situação de benefício fiscal, pela composição do tributo no preço pelo vendedor e, ademais, pela glosa do valor creditado pelo adquirente no estado destinatário. A operação passa a ser mais onerada em comparação àquel´outra desprovida de benefício algum. O tributo, pois, torna-se elemento que interfere na concorrência e na escolha dos modos de produção. Por mais que determinada forma seja mais eficiente em termos técnicos, sendo mais custosa no plano dos tributos, os agentes optarão pela via menos onerosa, buscando com isso ganhar mercado e maior lucratividade.

Dito de outra forma, o dever negativo do Estado, em se omitir para não interferir na concorrência por meio da tributação, é descumprido. Também deixa de ser observado o dever positivo ou de ação, de prevenir ou restaurar a igualdade de condições na concorrência, quando da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo e a consequente incidência em duplicidade do tributo na mesma base fática. A igualdade de condições competitivas no mercado não somente deixa de ser cumprida como também é autorizada pela exegese dada pelo entendimento atual do Supremo.

Como todo valor, o princípio da neutralidade não é absoluto. Cabe ao legislador ou aplicador do direito cumprir seus mandamentos liberais na melhor das hipóteses possíveis, conforme as imposições do caso concreto. Todavia, o ICMS tem uma regra – a não-cumulatividade – devendo esta ser atendida. De fato a não-cumulatividade tem assento no valor da neutralidade. É técnica para não produzir a

---

[110] LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária*. 2005. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2005.

tributação em cascata. Enquanto o princípio da neutralidade deve ser amoldado e ponderado dentro do campo do possível, a regra, por sua vez, deverá ser cumprida, sob pena de inconstitucionalidade.

A Ministra Eliana Calmon já teve oportunidade de se pronunciar sobre a qualidade normativa da não-cumulatividade, definindo-a como regra, sendo aparelhada por normas infraconstitucionais, todas cumprindo com os mandamentos do princípio da capacidade contributiva:

> não-cumulatividade é princípio e regra. É princípio quando visa concretizar o valor *justiça tributária*, através do respeito à capacidade contributiva para evitar a incidência em cascata de tributos incidentes sobre uma cadeia produtiva e de circulação de bens e serviços.
>
> É regra porque a não-cumulatividade aparelha-se pelas normas infraconstitucionais, que seguem o regime do crédito físico, pelo qual se exige que o creditamento exista quando há a cobrança efetiva do tributo na etapa anterior à saída das mercadorias ou serviços, no caso do ICMS. E não só. Exige-se que o crédito de ICMS incidente na operação anterior tributada seja idôneo e legítimo, ou seja, esteja expresso em documento fiscal idôneo ou atenda às normas da legislação tributária aplicáveis.[111]

Se é impossível conceber o principio da neutralidade de forma objetiva, a regra da não-cumulatividade lhe confere parâmetros bastantes seguros e, estando expressamente prevista, não pode deixar de ser observada.

Transportando-se todos esses pensamentos para o exemplo que nos serve de norte neste artigo, percebemos, desde logo, que o crédito presumido concedido na origem é aproveitado integralmente pela empresa fornecedora. A companhia adquirente das mercadorias é onerada pela alíquota cheia, como consta da nota fiscal que instrumentaliza a operação interestadual. Se o Estado de destino estorna o crédito da empresa adquirente por força de benefício fiscal concedido na origem estará penalizando-a por crédito da empresa fornecedora que não lhe aproveita. A incidência do tributo também no estado de sua sede fará a destinatária do produto deixar de optar por esta linha de produção, uma vez que a referida cadeia produtiva se torna mais onerosa para ela.

---

[111] STJ, AgRg no Ag 1.243.662/MG, Min Rel Eliana Calmon, 2ª Turma, 01/03/2011, voto Min Eliana Calmon.

Destaquemos que, ao vender as mercadorias a “sapatos magníficos”, a “cadarços sensacionais” calcula o imposto relativo às operações respectivas pela alíquota cheia, como manda a legislação de regência, inclusive a Resolução do Senado n.º 22/89, declarando a totalidade do imposto nas notas fiscais de venda. Assim, no preço de venda dos cadarços, indiscutivelmente, está embutido a integralidade do imposto. Isto significa, em outras palavras, que a fornecedora de cadarços repassa todo ônus fiscal para a “sapatos magníficos”, adquirente dos produtos.

Esse "custo tributário", que é o valor do imposto destacado na nota fiscal, pode e deve ser creditado pela “sapatos magníficos”, já que foi por ela suportado na cadeia de circulação da mercadoria, ainda que a totalidade do imposto não tenha sido recolhida na etapa anterior por força de um crédito presumido concedido ao fornecedor pelo Estado de origem.

É de se admitir, pois, que o imposto incidiu em sua integralidade, estando destacado na nota fiscal que instrumentaliza a operação. Se o Estado destinatário, entendendo o beneficio por inconstitucional, faz cobrar mediante glosa a diferença de ICMS que entende devido, acaba por cobrar duas vezes o contribuinte-adquirente, aumentando o seu custo de produção. Com isso, retira a neutralidade daquele modo de produção, tornando o produto ou a técnica produtiva desvantajosos.

5. EXEGESE DO TERMO “COBRADO”.

Nos termos do art. 155, § 2º, I, da CF/88, o ICMS será não-cumulativo, devendo ser compensado o que for "devido" em cada operação com o valor "cobrado" nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado. No plano infraconstitucional, o art. 19 da LC 87/96 também utiliza os termos "devido" e "cobrado". Para a jurisprudência majoritária, as expressões "imposto devido" ou "montante cobrado" não devem ser confundidas com "imposto efetivamente recolhido".

Ainda que a referida exegese seja possível, a realidade dos tributos incidentes em cadeia requer, necessariamente, a consideração dos efeitos

financeiros e econômicos. E isso não significa fugir aos preceitos jurídicos, pois a não-cumulatividade justamente transporta para o universo do direito tais referências financeiras e econômicas. Em sendo assim, a técnica da não-cumulatividade só poderá ser perfeitamente compreendida e aplicada quando contornados esses problemas pelos intérpretes do direito.

Em primeiro lugar, cabe reforçar a ideia de que uma coisa é a norma primária do fato gerador e sua obrigação tributária principal. Outra é a norma concreta que faz incidir a não-cumulatividade. A despeito de uma exigir a outra para fins de seu completo entendimento, entre elas existe verdadeira autonomia, assim como também o há entre a norma individual e concreta do tributo devido (direito material) e a própria norma do pagamento (direito instrumental, acessório).

Pela defesa da autonomia, o Min. Luiz Fux, em AgRg no REsp 1.065.234/RS, julgado em 01.07.2010, já se pronunciou.[112] Considerou o termo

---

[112] AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELA FORNECEDORA. DIREITO AO CREDITAMENTO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. DEMANDA DECLARATÓRIA QUE RECONHECERA A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OS SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA NAS EMBALAGENS PERSONALIZADAS. ESTORNO DOS CRÉDITOS PELOS ADQUIRENTES DAS MERCADORIAS. IMPOSSIBILIDADE 1. O direito de crédito do contribuinte não decorre da regra-matriz de incidência tributária do ICMS, mas da eficácia legal da norma constitucional que prevê o próprio direito ao abatimento (regra-matriz de direito ao crédito), formalizando-se com os atos praticados pelo contribuinte (norma individual e concreta) e homologados tácita ou expressamente pela autoridade fiscal. Essa norma constitucional é autônoma em relação à regra-matriz de incidência tributária, razão pela qual o direito ao crédito nada tem a ver com o pagamento do tributo devido na operação anterior. 2. Deveras, o direito ao creditamento do ICMS tem assento no princípio da não-cumulatividade, sendo assegurado por expressa disposição constitucional, verbis: "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: I – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal; (...)" (grifo nosso) 3. O termo "cobrado" deve ser, então, entendido como "apurado", que não se traduz em valor em dinheiro, porquanto a compensação se dá entre operações de débito (obrigação tributária) e crédito (direito ao crédito). Por essa razão, o direito de crédito é uma moeda escritural, cuja função precípua é servir como moeda de pagamento parcial de impostos indiretos, orientados pelo princípio da não-cumulatividade. 4. Destarte, o direito à compensação consubstancia um direito subjetivo do contribuinte, que não pode ser sequer restringido, senão pela própria Constituição Federal. Evidenciado resulta que a norma constitucional definiu integralmente a forma pela qual se daria a não-cumulatividade do ICMS, deixando patente que somente nos casos de isenção e não-incidência não haveria crédito para compensação com o montante devido nas operações seguintes ou exsurgiria a anulação do crédito relativo às operações anteriores (artigo 155, § 2º, II). 5. Ressoa inequívoco, portanto, que o direito de abatimento, quando presentes os requisitos constitucionais, é norma cogente, oponível ao Estado ou ao Distrito Federal. A seu turno, os sucessivos contribuintes devem, para efeito de calcular o imposto devido pela operação de saída da mercadoria do seu estabelecimento, abater o que antes e, a título idêntico, dever-se-ia ter pago, a fim de evitar a oneração em cascata do objeto tributado, dando, assim, plena eficácia à norma constitucional veiculadora do princípio da não-cumulatividade. Percebe-se, assim, que o

“cobrado” como "apurado", o que, segundo ele, “não se traduz em valor em dinheiro”, porquanto o direito de crédito é uma moeda escritural.

Na doutrina e na mesma linha, o professor da PUC/SP, Roque Antônio Carrazza se posiciona admitindo a expressão "montante cobrado" como "montante devido" e, não, como "montante efetivamente exigido". O direito à compensação permanece íntegro ainda que um dos contribuintes deixe de recolher o tributo ou a Fazenda Pública de lançá-lo, salvo, é claro, por motivo de *isenção* ou *não-incidência*.[113]

O exemplo trazido logo no início do presente artigo é bastante elucidativo do argumento que pretendemos alcançar. Em uma operação de compra e venda de mercadorias, o tributo é considerado um custo de produção. Compõe, indiscutivelmente, o preço de venda do produto. Assim, conforme cadeia de produção de sapatos trazida acima, no preço de venda dos cadarços, está embutido a integralidade do imposto de ICMS “devido” e destacado na nota fiscal. Esse valor

---

creditamento não é mera faculdade do contribuinte, mas dever para com o ordenamento jurídico objetivo, não lhe sendo possível renunciar ao lançamento do crédito do imposto, mesmo que tal prática lhe fosse conveniente. Sequer a própria lei poderia autorizá-lo a tanto, sob pena de patente inconstitucionalidade. 6. Nesse diapasão, não se afigura legítima a exigência de estorno dos créditos de ICMS, porquanto a empresa agiu no estrito cumprimento da regra-matriz de direito ao crédito, uma vez ter-lhe sido regularmente repassado o tributo pela empresa fornecedora quando da aquisição das embalagens personalizadas, consoante destacado nas notas fiscais - documentos idôneos para tanto -, gerando a presunção de incidência da exação na operação anterior. 7. Deveras, a relação fiscal se estabelece entre o sujeito com competência tributária e o contribuinte, de sorte que o eventual crédito do fisco em relação ao primeiro contribuinte do imposto não pode ser exigido de outrem, o qual pela lei não é seu substituto tributário nem sucessor. In casu, a recorrente pagou o tributo e o primeiro contribuinte depositou-o, levantando-o após, com a anuência do Estado, que não pode pretender reavê-lo de quem implementou o seu dever (Precedente da Primeira Turma: REsp 782987/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.03.2007, DJ 09.04.2007). 8. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no REsp 1.065.234/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 01.07.2010)

[113] “3.1 A desnecessidade da "efetiva cobrança" nas anteriores operações ou prestações *crédito* em tela independe, para surgir, da efetiva cobrança do ICMS nas *anteriores* operações ou prestações.

Deveras, a Magna Carta nada exige neste sentido, não podendo nenhuma norma infraconstitucional criar restrições a respeito. Isto significa que o direito à compensação permanece íntegro ainda que um dos contribuintes deixe de recolher o tributo ou a Fazenda Pública de lançá-lo (salvo, é claro, por motivo de *isenção* ou *não-incidência*). Basta que as leis de ICMS tenham incidido sobre as operações ou prestações anteriores para que o abatimento seja devido.

Em suma, a expressão "montante cobrado", contida na segunda parte do art. 155, § 2º, I, da CF, deve ser juridicamente entendida como "montante devido" e, não, como "montante efetivamente exigido".

Lamentavelmente, porém, empresas estão sendo "punidas" com a perda de créditos de ICMS, apenas por haverem adquirido, em outras unidades federadas, mercadorias comercializadas sob a égide de incentivos fiscais, que entrariam em testilhas com o disposto no art. 155, § 2º, XII, "g", da Constituição Federal. E, tudo, nada obstante as operações interestaduais estarem documentadas em notas fiscais formalmente em ordem.” (CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS, São Paulo: Malheiros Editores, 14ª ed., pp. 358-361.)

(ônus fiscal) será repassado pela fornecedora de cadarços para a “sapatos magníficos”, adquirente dos referidos insumos.

Esse "custo tributário", destacado na nota fiscal, tem seu creditamento assegurado pela “sapatos magníficos” enquanto o Estado destinatário não tiver regulado a matéria dentro do seu território. Se a companhia destinatária suportou o valor de tributo na cadeia de circulação da mercadoria, pelas regras da não-cumulatividade, descabe ao Estado destinatário simplesmente desconsiderá-lo sem lei que assim o habilite internamente.

Mesmo que a totalidade do imposto não tenha sido recolhida na etapa anterior, por força de um crédito presumido concedido de forma inconstitucional ao fornecedor pelo Estado de origem, sem lei do Estado destinatário autorizando a glosa, descabe a este último desconsiderar o crédito presumido. Veremos mais adiante que, se por um lado não se exige a declaração de inconstitucionalidade pelo judiciário de um benefício fiscal sabidamente contrário às regras da Constituição, por outro a glosa no Estado de destino precisa preservar determinadas garantias em favor do contribuinte tais como a legalidade, igualdade e irretroatividade. A glosa, em tese, é devida, mas não pode se dar aleatória e arbitrariamente. Como tudo no direito tributário, a desconsideração do benefício fiscal inconstitucional deve seguir um parâmetro bem demarcado pelo sistema tributário, conferindo segurança aos jurisdicionados.

Haja vista que, na tributação em cadeia, a regra da não-cumulatividade imputa ao adquirente o dever de fiscalização, cabe a este verificar a cobrança do ICMS. E isso se dá ao conferir o imposto destacado na nota fiscal, instrumento competente para essa auferição. O dever do comprador da mercadoria não pode ultrapassar, contudo, os limites do razoável, de modo a imaginar que caberia a ele verificar se o vendedor efetivamente recolheu o tributo devido. Ainda mais ao pensar em uma operação interestadual, quando alíquotas e base de cálculo são diferentes, exigindo do responsável que depure a enorme quantia de lei de estado que nem é seu para descobrir os verdadeiros valores. E mesmo que assim se o entendesse, o que por si só já seria um exagero, a referida obrigação do adquirente seria

impossível pois, para sua perfeita consecução, o obrigaria a ter acesso às contas e balanços da empresa fornecedora, situação inviável e inocorrente.

Em resumo, o termo “cobrado” não pode ser visto como "montante efetivamente exigido", justamente porque o adquirente, que se credita do valor destacado na nota, jamais terá como verificar se o tributo foi recolhido pelo fornecedor. O adquirente não pode ser responsabilizado por conduta de terceiro de quem não tem como fiscalizar, na prática, a não ser pela verificação do destaque do tributo na nota fiscal.

Deve-se mudar a ótica do que se entenda por “cobrado”, deixando de lado o ângulo do vendedor, para assumi-lo sob o ponto de vista do comprador. De quem compra, o valor cobrado equivale ao "montante devido", este determinado objetivamente pela nota fiscal. A função deste documento é justamente a de determinar o tributo incidente. Se o vendedor não recolheu, seja por que motivo for, caberá ao Estado de origem se entender com o contribuinte do tributo (fornecedor). A obrigação do responsável acaba no momento em que ele verifica a escrituração do tributo incidente na operação. E uma vez documentado na nota fiscal, o Fisco tem total capacidade de fazer valer seus direitos creditórios. A responsabilidade na cadeia do ICMS não pode se criar uma solidariedade passiva onde não se tem, muito menos presumi-la pela simples presença do adquirente na cadeia.

Entender o contrário é exigir do comprador, pessoa comum, conhecimento da lei do Estado de origem, ciência do *quantum* devido pelo vendedor e poderes investigatórios nas contas deste para fins de confirmar se verdadeiramente houve recolhimento e, assim, o adquirente passar a ter o direito de creditar-se. Essa compreensão do tema levaria a obrigação do responsável ao absurdo. Ora, exigir do comprador o conhecimento da lei do Estado de origem do vendedor, por si só, contraria os mandamentos gerais do ordenamento. O artigo 337[114] do CPC não exige isso do Juiz de Direito, agente com formação especial e submetido a rigoroso processo de concurso público para fins de verificar seu conhecimento normativo. Por que razão essa exigência seria permitida no direito

[114] CPC, Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

tributário em face do adquirente, sujeito, em regra, desprovido de qualquer conhecimento técnico sobre o universo jurídico? É obrigação que, além de desproporcional, é impossível de ocorrer na prática, de modo a permitir situação de profunda insegurança jurídica por aqueles submetidos a tal regra leonina, responsabilizando-os por resultados dos quais não tem absolutamente nenhum controle. Do mesmo modo que o CPC não exige que o juiz saiba todas as leis estaduais e/ou municipais, muito menos caberia imaginar que a presunção de conhecimento de lei seria levada ao extremo no campo dos tributos entendendo que o comprador estaria obrigado a conhecer lei de outro estado.

O adquirente do Estado destinatário não sabe e não tem como saber se o ICMS é efetivamente cobrado do vendedor. A visão do "cobrado" há de ser, portanto, a do comprador, segundo aquilo que se vê destacado na nota fiscal, único instrumento passível de qualquer controle por ele. Tudo o mais, o comprador não tem como saber ou fiscalizar. E impor este ônus a ele é incompatível com a ordem inconstitucional.

Em resumo, pela ótica do comprador, se o vendedor destacou o ICMS na nota fiscal, há direito de crédito, pois o ICMS foi efetivamente "cobrado", ainda que, no Estado de origem, não tenha sido recolhido pelo vendedor, seja por que motivo for. Supondo não recolhido pelo vendedor no estado de origem por existir benefício fiscal inconstitucional, não havendo Lei do Estado destinatário regulando a glosa, há direito de crédito pelo comprador com base nas informações destacadas na nota fiscal. O adquirente não está agindo como se não tivesse nada com isso, [115] mas conforme as leis do seu Estado. Para a invalidade do creditamento pretendido, somente após edição de lei dentro do território do adquirente é que se poderá admitir a glosa do benefício concedido por outro Estado ao arrepio do art. 155, § 2º, XII, "g", da CF. Não se trata em agir com malandragem, desconsiderando o que muitos entendem por óbvio, mas fazer cumprir a técnica da não-cumulatividade, pelo

[115] Este foi entendimento do Ministro Herman neste julgado: "Antes de mais nada, reitero meu espanto em face de contribuintes que reconhecem a inconstitucionalidade desses benefícios fiscais concedidos ao arrepio do art. 155, § 2º, XII, "g", da CF (que exige convênio interestadual), no âmbito da chamada "guerra fiscal", mas agem como se não tivessem nada com isso. Partem da premissa de que a inconstitucionalidade e, portanto, a invalidade do creditamento pretendido, embora certas, devem ser ignoradas por todos, incluindo o STJ, até que o STF manifeste-se em Adin, mais uma vez, contra a malandragem." (STJ, AgRg no Ag 1.243.662/MG, julgado em 01/03/2011, voto vista Herman)

responsável, e tratar a glosa como atividade tão vinculada como todas as demais praticadas pelo Fisco.

É de se admitir, pois, que o imposto incidiu em sua integralidade e assim foi destacado na nota fiscal que instrumentaliza a operação. Não se pode interpretar a técnica da não-cumulatividade no sentido oposto do preceito. A regra serve para desonerar a cadeia, evitando a tributação em cascata, de modo que o tributo só incidirá no valor agregado ao produto. Conceder, num só tempo, o direito de glosa ao estado de destino e a desconsideração do benefício declarado inconstitucional no estado de origem é fazer incidir na mesma operação duas vezes o tributo, onerando, em duplicidade, aquele instante da cadeia. Evidentemente, isso repercute, ao final, no custo tributário daquele modo de produção e, por consequência, ainda que seja este, em termos técnicos, o melhor meio produtivo, ele não será escolhido pelos agentes econômicos por gerar menos lucros. A má compreensão da técnica da não-cumulatividade cria tributação em cascata e o tributo passa a ser elemento decisivo nas escolhas dos agentes econômicos.

As consequências negativas dessa exegese não param por aí. Na mesma linha, permitir a glosa sem prévia regulação pelo Estado de destino é abrir brecha para uma série de outras violações, estas mais ao nível do descumprimento do princípio da neutralidade: ao artigo 150, inciso II, da CF, tratando de forma desigual contribuintes que se encontrem em situação equivalente; ao artigo 152 da CF, estabelecendo diferenças tributárias em razão da procedência ou do destino de bens e serviços, de qualquer natureza; ao artigo 170, inciso IV, da CF, incidindo o ICMS em diferentes proporções sobre o valor da operação ou sobre o preço e, por consequência, desequilibrando a relação do produto ou de seu modo de produção que alcançaria em uma venda em condições de livre concorrência; dentre tantos outros que poderíamos aqui citar.

O comprador não pode ser exigido de tamanha fiscalização nas contas do vendedor. Basta a nota fiscal. Como é ela que instrumentaliza a relação tributária, sendo emitida em perfeita harmonia com as normas tributárias, não pode ser desconsiderada pelo próprio Fisco ao argumento de que o imposto destacado não foi recolhido integralmente na origem, ainda que isenção existisse ou qualquer outro

caso de não-incidência. Não se pode exigir do comprador que ele tenha conhecimento da incidência do ICMS no Estado do vendedor.

6. INAPLICABILIDADE DO BENEFÍCIO ESTADUAL INCONSTITUCIONAL NO TERRITÓRIO DO ESTADO DO COMPRADOR.

Sabemos que a Constituição estabeleceu um parâmetro de igualdade entre os Entes tributantes, cada qual dentro de sua esfera de competência. De modo geral, entre União, Estados e Municípios, inexiste hierarquia, apenas diferentes atribuições competenciais. Cada qual tem competência plena dentro de suas funções, não podendo um Ente interferir nas opções legislativas feitas pelo outro. No setor tributário, o poder de tributar foi demoradamente determinado pela Carta Maior em seus artigos 145 em diante, e, em especial, os artigos 153, 155 e 156.

O limite à aptidão de editar leis não se dá apenas no tocante à matéria (critério material), mas também ao espaço em que ela será aplicada (critério espacial). O território é a referência do âmbito espacial de vigência das leis, entendida esta como a força de vincular e positivar, concretamente, normas. O Estado tem competência tributária plena dentro do seu domínio territorial. A União, no País todo; os Estados e os Municípios, dentro de seus limites geográficos.

O princípio da territorialidade, por vezes, esbarra com determinados limites conferidos pela extra-territorialidade. Esta, por óbvio, é exceção à regra e deve ser permitida expressamente pela Constituição ou pelas normas gerais de direito tributário, que nada mais são do que uma *longa manus* do Texto Constitucional.

No cenário do ICMS, acrescentemos o caráter nacional do tributo, previsto na Carta Magna como de competência dos Estados. Aqui, o princípio da territorialidade ganha outro limite, qual seja, a exigência de convênios prévios para fins de concessão, pelos Estados, de quaisquer benefícios fiscais.[116] O convênio

---

[116] ADCT, art 34, § 8º - Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, "b", os Estados e

traduz acordo de vontade entre diferentes entes tributantes, conservando suas autonomias, contudo sua exigência demonstra o incontestável efeito extra-territorial das leis sobre ICMS de um Estado no território de outro. Seu caráter nacional, por si só, é extraterrialidade admitida no âmbito da Constituição.

Dizendo de outro modo, o beneficio concedido por lei de um Estado repercute, jurídica e economicamente, no território de outro. A questão a saber é se o Estado, onde as consequências são sentidas em função da extra-territorialidade, deve submissão à lei do outro quando entender ser esta inconstitucional. A resposta é negativa.

Cumpre trazer à baila o disposto no artigo 102 do CTN:

> CTN, Art. 102. A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União.

Conforme o referido dispositivo, com força de norma geral de direito tributário (CF, art 146), a extra-territorialidade só ocorre pela via dos convênios firmado pelos Estados, na forma da lei, ou por normas gerais expedidas pela União. Afora estas hipóteses, a lei de um Estado não tem força vinculante dentro do território de outro.

O ICMS é nacional. Logo, a lei do Rio de Janeiro tem efeitos no território de São Paulo e assim também o será com os demais Estados integrantes de determinada operação inter-estadual na cadeia do tributo. Mas a regra da extra-territorialidade só é aplicada à lei fluminense se esta estiver em conformidade com os requisitos formais e substanciais exigidos pelo sistema tributário. Dito de outro modo, tem vigência desde que se cumpra a Lei Complementar 24/75. Se desrespeitada a referida Lei, não terá força vinculante alguma no território destino, ainda que seja etapa de uma só cadeia produtiva. Assim, um benefício concedido no

---

o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.

CF, art 155, § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) XII - cabe à lei complementar: g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Estado do Rio de Janeiro, sem alicerce em convênio interestadual, apresentar-se-á fora das exigências constitucionais, e, por isso mesmo, desprovido de vigência no território do Estado de destino, no caso, São Paulo.

Vê-se, por oportuno, que a questão é de vigência – e não de validade – da Lei fluminense no território de São Paulo. A Lei do Rio de Janeiro não tem *vigência* em São Paulo. Dentro de sua autonomia e atribuições, estando no mesmo patamar hierárquico do estado do Rio de Janeiro, simplesmente o estado de São Paulo não reconhece vigência à lei fluminense em seu território.

Tal entendimento nos leva a afirmar categoricamente que o Estado destinatário (São Paulo) pode glosar o valor creditado pelo adquirente, por entender o benefício concedido na origem inconstitucional. Por conta da autonomia e da territorialidade, não se poderia alcançar outra conclusão. Mas para o exercício desse direito de glosar, como veremos mais adiante, é fundamental lei regulando-o.

Como regra, as normas constitucionais, impondo disciplina nacional ao ICMS por meio de convênios, são preceitos contra os quais não se pode opor a autonomia do Estado, na medida em que são explícitas limitações a ela.[117] Contudo, a autonomia estadual deve prevalecer, como não poderia deixar de ser, diante de regulação estadual explicitamente contrária às Leis Complementares e Convênios sobre ICMS.

Concedido beneficio em conformidade com as normas gerais e os convênios, descabe falar em glosa pelo Estado de destino, sob pena de este anular os efeitos desoneradores da cadeia. Como já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, a desconsideração do beneficio constitucional pelo Estado de destino agride a autonomia dos entes tributantes.[118]

---

[117] STF, ADIN 2352, Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, 01/06/2011.

[118] "8. Assim, constatado que o benefício fiscal concedido pelo estado de origem não altera o cálculo do imposto devido, mas, apenas, resulta em recolhimento a menor em face da concessão de crédito presumido, deve ser descontado o percentual de 12% do ICMS/ST devido ao estado destinatário. Pensar diferente resultaria, no caso concreto, na possibilidade de o estado de destino, em prejuízo ao contribuinte, apropriar-se da totalidade do incentivo fiscal concedido pelo estado de origem, tornando-o sem efeito, situação essa que conspira contra a autonomia fiscal dos entes federados, que só pode ser regulada por norma de caráter nacional." (STJ, REsp 1.125.188/MT, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 28.05.2010.)

Resta claro, pois, que a inaplicabilidade do benefício estadual inconstitucional no território do Estado do comprador se alicerça nos princípios da autonomia entre os Estados e, logo, da territorialidade. É um problema que se põe no âmbito da vigência das normas, como bem disciplina o artigo 112 do CTN.

7. DESNECESSIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO.

As conclusões a que chegamos no item acima demonstra que, se a inaplicabilidade do benefício estadual inconstitucional no território do Estado do comprador é questão de vigência de normas, é desnecessária qualquer declaração de inconstitucionalidade da lei estadual para que deixe de ser aplicada no Estado de destino.

Isso não quer dizer inexistir vício de validade na norma estadual. Apenas significa que, na relação entre Estados, a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo pode ensejar a inaplicabilidade da lei de um estado no território do outro, mas esta não é fundamental ou a única causa.

Existe uma concorrência de vícios, cujos efeitos ensejam, de um ou outro modo, na inaplicabilidade da lei estadual no território do outro. Na esfera constitucional, a inobservância das Leis complementares ou dos Convênios é motivo suficiente para que seja declarada inválida *ab initio.* O problema é da ordem da validade de normas. No plano infra-constitucional, a desconsideração da lei do outro estado por aquele de destino ocorre com o reconhecimento de sua autonomia e observância ao princípio da territorialidade. Nega a regra de exceção da extra-territorialidade, na medida em que a lei do estado de origem ultrapassou os *limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União*, como ensina o artigo 112 do CTN. Por quaisquer dessas vias, o Estado de destino pode barrar os efeitos da lei do Estado de origem.

É bastante comum o entendimento na doutrina e na jurisprudência de que os efeitos da lei de um Estado no território do outro só se dá quando o Supremo

declare sua inconstitucionalidade. Antes disso, o Estado não teria competência para tanto. Assim, prevalece hoje: se outro Estado da Federação concede benefícios fiscais de ICMS sem a observância das regras da LC 24/75 e sem autorização do CONFAZ, cabe ao Estado lesado obter junto ao Supremo, por meio de ADIn, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Estado de onde se originam as mercadorias e não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território.

Na mesma linha, a doutrina, aqui representada pelo prof. ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA, nega o direito de glosa ao crédito de ICMS, pela pessoa política que se julgue prejudicada, devendo esta recorrer, nos termos do art. 102, I, "a", da Lei Maior, ao Supremo Tribunal Federal, para, mediante ação direta de inconstitucionalidade, anular tais benefícios.[119]

Os seguintes precedentes da Suprema Corte apontam para a ADIn como o único meio judicial de que deve valer-se o Estado lesado para obter a declaração de inconstitucionalidade da lei de outro Estado que concede benefício fiscal do ICMS sem autorização do CONFAZ: ADI 3936 MC;[120] ADI 3312;[121] ADI 3389 MC;[122] ADI 2439.[123] Nesse entendimento, também se alinha o Superior Tribunal de Justiça:

---

[119] "Nada disso se sustenta, ao lume de nosso direito positivo.

II - Com efeito, os adquirentes de mercadorias (ou fruidores de serviços de transporte transmunicipal ou de comunicação) têm de aproveitar por inteiro créditos de ICMS advindos de operações (ou prestações) interestaduais, independentemente de os fornecedores estarem, ou não, sendo alvo de incentivos fiscais concedidos em consonância com o disposto no art. 155, § 2º, XII, "g", da Carta Suprema.

[...] é certo que benefícios fiscais (isenções, remissões, anistias, reduções de bases de cálculo ou de alíquotas, concessão de créditos presumidos, concessão de parcelamentos etc.) e financeiros (subvenções, financiamentos para aquisição de bens a serem incorporados ao ativo permanente, empréstimos, "a fundo perdido", para o recolhimento do próprio tributo etc) só podem advir de convênios, celebrados e ratificados por todos os Estados-membros e pelo Distrito Federal, como, de resto, determina o art. 155, § 2º, XII, "g", da Constituição Federal. Todavia, é igualmente certo que, tendo amparo em documentos formalmente em ordem, quem adquire mercadorias (ou contrata serviços de transporte transmunicipal ou de comunicação) em outras unidades federadas, não pode ter negado o direito ao crédito de ICMS, pela pessoa política que se julgue prejudicada. Esta, ao invés de transformar seu contribuinte em controlador da regularidade do crédito de ICMS relativo a qualquer entrada de mercadoria adquirida em outra unidade federada (ou fruição de serviço de transporte transmunicipal ou de comunicação, contratado em outra unidade federada), deve recorrer, nos termos do art. 102, I, "a", da Lei Maior, ao Supremo Tribunal Federal, para, mediante ação direta de inconstitucionalidade, anular tais benefícios, que estimulam a indesejável "guerra fiscal"." (CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS, São Paulo: Malheiros Editores, 14ª ed., pp. 358-361.)

[120] EMENTA: Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Caráter normativo autônomo e abstrato dos dispositivos impugnados. Possibilidade de sua submissão ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes. 3. ICMS. Guerra fiscal. Artigo 2º da Lei nº 10.689/1993 do Estado do Paraná. Dispositivo que traduz permissão legal para que o Estado do Paraná, por meio de seu Poder Executivo,

Assim, se o imposto incidiu na operação anterior, ainda que não tenha sido efetivamente recolhido, deve ser autorizado o creditamento na etapa subsequente. Se o Estado de destino da mercadoria entende que o Fisco da origem concedeu um benefício indevido deve procurar a via judicial, por meio de ação direta, para obter declaração de inconstitucionalidade do preceito legal que entende violador do pacto federativo, e não adotar o caminho "mais fácil", que é o de autuar o contribuinte situado em seu território, que

---

desencadeie a denominada "guerra fiscal", repelida por larga jurisprudência deste Tribunal. Precedentes. 4. Artigo 50, XXXII e XXXIII, e §§ 36, 37 e 38 do Decreto Estadual nº 5.141/2001. Ausência de convênio interestadual para a concessão de benefícios fiscais. Violação ao art. 155, § 2º, XII,g, da CF/88. A ausência de convênio interestadual viola o art. 155, § 2º, incisos IV, V e VI, da CF. A Constituição é clara ao vedar aos Estados e ao Distrito Federal a fixação de alíquotas internas em patamares inferiores àquele instituído pelo Senado para a alíquota interestadual. Violação ao art. 152 da CF/88, que constitui o princípio da não-diferenciação ou da uniformidade tributária, que veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. 5. Medida cautelar deferida." (STF, ADI 3936 MC, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 09.11.2007)

[121] "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO N. 989/03, EDITADO PELO GOVERNADOR DO ESTADO DO MATO GROSSO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SENADO FEDERAL PARA FIXAR A ALÍQUOTA DO ICMS, NOS TERMOS DO PRECEITO DO ARTIGO 155, § 2º, INCISOS IV E V, DA CB/88. ICMS. IMPOSTO NÃO-CUMULATIVO. A CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS, SEM A PRÉVIA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO INTERGOVERNAMENTAL, AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 155, § 2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O decreto n. 989/03, do Estado do Mato Grosso, considera como não tendo sido cobrado o ICMS nas hipóteses em que a mercadoria for adquirida nos Estados do Espírito Santo, de Goiás, de Pernambuco e no Distrito Federal 2. O contribuinte é titular de direito ao crédito do imposto pago na operação precedente. O crédito há de ser calculado à alíquota de 7% se a ela efetivamente corresponder o percentual de tributo incidente sobre essa operação. Ocorre que, no caso, a incidência dá-se pela alíquota de 12%, não pela de 7% autorizada ao contribuinte mato-grossense. 3. Pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que a concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos do que dispõe a LC 24/75, afronta ao disposto no artigo 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal". Precedentes. 4. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucional o decreto n. 989/2003, do Estado do Mato Grosso." (STF, ADI 3312, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ de 09.03.2007)

[122] "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMINAR CONCEDIDA NO RECESSO PELA PRESIDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REFERENDO DA DECISÃO PELO PLENÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA CONDICIONADA À ORIGEM DA INDUSTRIALIZAÇÃO DA MERCADORIA. SAÍDAS INTERNAS COM CAFÉ TORRADO OU MOÍDO. DECRETO 35.528/2004 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. VIOLAÇÃO DO ART. 152 DA CONSTITUIÇÃO. É plausível a alegação de contrariedade à vedação ao estabelecimento de tratamento tributário diferenciado, em face da procedência ou do destino de bens ou serviços de qualquer natureza (art. 152 da Constituição), pois o Decreto 35.528/2004 do estado do Rio de Janeiro condiciona a concessão de benefício fiscal de redução da carga tributária à origem da industrialização das mercadorias ali especificadas. Medida cautelar referendada pelo Plenário." (STF, ADI 3389 MC, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 23.06.2006)

[123] "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 1.798/97; E ART. 8.º DO DECRETO N.º 9.115/98, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 150, § 6.º; E 155, § 2.º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O primeiro ato normativo estadual, instituindo benefícios relativos ao ICMS sem a prévia e necessária celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal, contraria os dispositivos constitucionais sob enfoque. Alegação de inconstitucionalidade igualmente plausível no tocante ao art. 8.º do Decreto n.º 9.115/98, que, extrapolando a regulamentação da mencionada lei, fixa, de forma autônoma, incentivos fiscais sem observância das mencionadas normas da Carta da República. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade das normas em **questão." (**STF, ADI 2439, Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 21.02.2003)

> não mantém relação tributária com o Estado de origem nem se beneficia do crédito lá concedido."[124]

Com o respeito as teses já firmadas, entendemos que o Estado de destino tem duas opções à sua frente, justamente em face da comunhão de causas viciantes existentes na lei do estado de origem. Não tem vigência, no plano infra-constitucional; e é invalida, no plano constitucional.

É perfeitamente possível que o Estado de destino, mediante glosa à apropriação de créditos nas operações interestaduais, negue os efeitos aos créditos apropriados pelos contribuintes, não reconhecendo a vigência da lei do estado de destino em seu território. Isso, como veremos mais adiante, não pode ocorrer aleatoriamente, exigindo-se lei prévia ao ato de glosar. A lei do estado de destino determinará a competência aos agentes fiscais em autuar, de modo uniforme e isonomicamente, os contribuintes em seu território naquela situação. Ao mesmo tempo, preveni-los-á de que não admitirá o creditamento, dando a opção aos agentes econômicos de organizarem-se de outro modo, antes mesmo que a operação ocorra. Sem a lei do Estado, a glosa pura e simples é inconstitucional, pois a desconsideração precisa ter padrões, como manda a atividade vinculada do Fisco, assim como a isonomia entre os contribuintes e a livre-concorrência. Ademais, se se entender o contrário, a glosa tomará o contribuinte de surpresa, inviabilizando que, antes mesmo do fato, ele possa planejar seus negócios da melhor forma.

Para a glosa, a declaração de inconstitucionalidade do benefício fiscal, concedido pelo Estado de origem, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, não é fundamental, ainda que possa ser uma das vias para tanto. Nesse caso, a própria declaração do Supremo em sede de controle concentrado faz o papel de lei. Não havendo lei estadual regulando a glosa, somente após a publicação do acórdão que se poderá glosar. O benefício inconstitucional perderá a validade.

Sem a declaração de inconstitucionalidade, ao estado caberá glosar o creditamento indevido apenas a partir do momento em que regular por meio de lei própria a situação. Com ela, reconhece a sua autonomia e nega os efeitos do beneficio inconstitucional em seu território. Neste caso, a pura e simples glosa dos

---

[124] STJ, AgRg no Ag 1.243.662/MG, julgado em 01/03/2011, voto vista Castro Meira.

créditos apropriados pelo Estado de destino é permitida, em face do princípio da territorialidade. Não se está aqui compensando-se as inconstitucionalidades,[125] mas apenas fazendo cumprir a competência tributária e a legislação que a disciplina dentro do território do ente competente.

8. NECESSIDADE DE NORMA GERAL E ABSTRATA DO EXECUTIVO REGULANDO A INOBSERVÂNCIA (E GLOSA) DO BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO PELO ESTADO DO VENDEDOR.

Os princípios da territorialidade e da autonomia dos Estados impedem que leis inconstitucionais de outros entes tributantes não tenham vigência em seu território. Em conformidade com o artigo 112 do CTN, a legislação tributária do Estado de origem vigora, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União. Essa regra por si só, contudo, não autoriza o Estado destinatário a glosar. Uma ilegalidade não pode gerar outra situação de ilegalidade.

Cabe ao estado de destino declarar a inobservância do benefício fiscal concedido pelo Estado do vendedor em seu território e regular, por norma geral e abstrata, a forma como se dará a glosa. Só a partir da edição da referida lei é que as garantias constitucionais, em beneficio do contribuinte, serão observadas.

Do lado do Fisco, institucionaliza internamente a glosa, uniformizando a atuação de seus agentes e vinculando a atividade fiscalizatória. Do lado do contribuinte, a isonomia é preservada, o que, economicamente, significa a observância do princípio da neutralidade e da livre concorrência.

Antes da edição da lei (em sentido amplo), é absurdo admitir que o Estado destinatário da mercadoria restrinja o aproveitamento do crédito ao comprador por força de um benefício fiscal concedido ao vendedor pelo Estado de

[125] Assim já entendeu o Min. Sepúlveda Pertence em ADI 2.377-MC, julgada em 7.11.2003: "2. As normas constitucionais, que impõem disciplina nacional ao ICMS, são preceitos contra os quais não se pode opor a autonomia do Estado, na medida em que são explícitas limitações. 3. O propósito de retaliar preceito de outro Estado, inquinado da mesma balda, não valida a retaliação: inconstitucionalidades não se compensam."

origem, se o imposto incidiu em sua integralidade e assim foi destacado na nota fiscal que instrumentaliza a operação. A regra, no regime do ICMS, é pela extra-territorialidade. A exceção pela territorialidade deve ser assim declarada seja por acórdão do Supremo, seja por lei do estado de destino. Mas deve ser declarada sob pena de se proceder, pela glosa, o efeito surpresa, a tributação diferenciadora entre contribuintes e entre regiões, afetando a neutralidade do tributo e as escolhas dos modos de produção.

Ainda que haja inconstitucionalidade no beneficio concedido pelo estado de origem, ela deve ser declarada por lei ou por acórdão. Antes disso, há direito ao creditamento, que não é nulo até que seja anulado por uma dessas vias. Assim, discordamos da Min Eliana Calmon quando proferiu seu voto em AgRg no Ag 1.243.662/MG, em 01/03/2011:

> Portanto, créditos oriundos de operações interestaduais com mercadorias ou serviços objeto de incentivo fiscal concedido em desacordo com o Sistema Constitucional Tributário **é nulo e não gera direito ao creditamento**. Tal restrição de modo algum ofende a regra e o princípio da não-cumulatividade, pois de **uma ilegalidade não se pode derivar direitos**."[126]

Do mesmo modo que é perfeitamente admissível entender-se que uma ilegalidade não se pode derivar direitos, deve ser considerado que uma ilegalidade não justifica outra ilegalidade. Glosar o creditamento sem que se tenha lei prévia no estado de destino fere as garantias constitucionais e os direitos individuais dos contribuintes. Rompe com a isonomia entre os diferentes processos de produção. Ao assim proceder, quebra com o princípio da neutralidade e da livre-concorrência. E como se isso não bastasse, pega os agentes econômicos de surpresa, não permitindo que, antes mesmo do fato gerador ocorrer, possam organizar melhor seus modos de produção, como manda a livre-iniciativa, postulado do nosso Estado Liberal democrático.

A lei é o ponto seguro tanto para os fins internos, organizando a atividade administrativa, como para aquel´outros externos, assegurando os limites das hipóteses de incidência no universo dos fatos. Não é a toa que o princípio da

[126] STJ, AgRg no Ag 1.243.662/MG, Min Rel Eliana Calmon, 2ª Turma, 01/03/2011, voto Min Eliana Calmon.

legalidade comparece sempre como exigência para toda norma que cria, altera ou extingue direitos. Também aqui deve ser observado.

9. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E NORMA GERAL E ABSTRATA DO EXECUTIVO DO ESTADO DO COMPRADOR.

Que há necessidade de edição de norma geral e abstrata pelo Executivo do Estado do comprador para fins de glosa do creditamento em face de benefício inconstitucional incidente na etapa anterior, disso não temos dúvida. A questão que se põe agora é que "lei" seria esta.

O princípio da legalidade condiciona a competência, exigindo-se para a sua disciplina lei em sentido estrito. Feito isso, desde que não crie novas obrigações tributárias, tudo o mais poderá ser regulado diretamente pelo Executivo exigindo-se que o faça por norma geral e abstrata. No ICMS, a competência já está disciplinada por veículo primário, expedido pelo Legislativo dos respectivos estados. As normas referentes aos benefícios e seus efeitos extra-territoriais podem ser perfeitamente expedidas pelo Executivo, mas sempre como mandamento geral e abstrato.

Não regulando sobre competência, sua ou do estado de origem, o ato do executivo apenas declarará que os efeitos extra-territoriais da lei do estado de origem não se aplicam em seu território. O dispositivo não disciplina a competência do estado de origem, até porque o executivo do estado de destino não teria tal atribuição em face da autonomia legislativa entre os Estados. Também não dirá sobre a competência sua, uma vez que esta já está previamente disciplinada por lei. Estará apenas limitando os efeitos da lei do estado de origem sobre o seu território.

Sendo matéria diferente de competência tributária, o veículo normativo do executivo poderá ser primário (Decreto executivo, Medida provisória quando houver, etc) ou secundário (Instrução normativa, Resoluções da Receita Federal, etc). O importante é que, seja de que forma for, a lei discipline de modo geral e abstrata a situação, dando certeza aos contribuintes sobre o não-creditamento e a glosa.

No exemplo, expedida norma geral e abstrata pelo Executivo do estado de São Paulo, por qualquer veículo normativo, a partir deste momento a Lei do Rio de Janeiro não se aplica para o estado de São Paulo e este passa a ter o poder de glosar os créditos assumidos pelo adquirente do produto indevidamente. Antes disso, não pode glosar sob pena de produzir situação inconstitucional pelos motivos já largamente estudados acima. A partir da norma geral e abstrata de São Paulo, no Rio de Janeiro só poderão ser cobrados os valores que não foram glosados em São Paulo.

10. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE E NORMA GERAL E ABSTRATA DO EXECUTIVO DO ESTADO DO COMPRADOR.

Expedido a norma geral e abstrata pelo ato do executivo, o Estado de destino só poderá glosar pra frente (*ex nunc*) assim como somente poderá multar pra frente (*ex nunc*). Antes disso, é desprovido de competência para vedar o creditamento para trás, pois o princípio da irretroatividade impede este efeito retroativo.

A norma do executivo, lei em sentido amplo, deve regular os fatos ocorridos da sua publicação – ou outro termo expressamente determinado no texto – em diante. A tal veículo normativo – geral e abstrato – deve se aplicar em sua inteireza os artigos 104[127] e 105[128] do CTN no tocante ao *tributo* incidente na operação, assim como o artigo 5º, incisos XXXIX[129] e XL[130] CF/88 e artigos 106[131] e

---

[127] CTN, Art. 104. Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda:

I - que instituem ou majoram tais impostos;

II - que definem novas hipóteses de incidência;

III - que extinguem ou reduzem isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no artigo 178.

[128] Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116

[129] CF/88, art 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

[130] CF/88, art 5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

[131] CTN, Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

112[132] do CTN quanto às *multas*. A glosa, constituindo tributo e multa por um mesmo veículo normativo, só poderá considerar fatos ocorridos após a publicação (ou outro termo de vigência) do ato do executivo.

E mesmo se se entendesse que a glosa se dê por uma mudança interpretativa da Administração Pública, dando o benefício do estado de origem, agora, por inconstitucionalidade, dever-se-ia aplicar os limites da irretroatividade também à nova exegese, tal como ensina o artigo 146 do CTN.[133] Os novos critérios jurídicos somente poderão ser considerados quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução, ainda que seja a mesma norma geral e abstrata interpretada diferentemente.

CONCLUSÃO

Em resumo, o presente artigo quis demonstrar que a situação como está hoje, aplicada pelo Fisco e interpretada pelo Tribunal, resulta em bitributação, afetando o princípio da neutralidade e descumprindo a técnica da não-cumulatividade.

Para impedir a dupla incidência sobre a mesma base fáctica, a exegese do termo "cobrado" da regra constitucional deve se dar sob a ótica do comprador, considerando-se o "montante efetivamente exigido" segundo aquilo que se vê destacado na nota fiscal, único instrumento passível de qualquer controle por ele.

---

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

[132] CTN, Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação

[133] CTN, Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em conseqüência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Tudo o mais, o comprador não tem como saber ou fiscalizar. E impor este ônus a ele é incompatível com a ordem inconstitucional.

A inaplicabilidade do benefício estadual inconstitucional no território do Estado do comprador pode se dar por duas vias. Por padrões infra-constitucionais, é uma questão de vigência, que pode ser perfeitamente disciplinada por norma geral e abstrata expedida pelo Executivo do Estado de destino. Nesse caso, é desnecessária a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo para impedir o creditamento do adquirente em São Paulo, pois o simples ato do executivo, por si só, fulmina os efeitos extra-territoriais da lei que concede o beneficio inconstitucional em seu território. Aplica-se a exegese do artigo 112 do CTN. Nesse caso, contudo, para a glosa, há necessidade de norma geral e abstrata do Executivo regulando a inobservância (e glosa) do benefício fiscal concedido pelo Estado do vendedor. Com isso, serão cumpridos os princípios da legalidade, da igualdade e da irretroatividade, fazendo presente a neutralidade e a regra da não-cumulatividade.

Pelo patamar constitucional, é vício de validade, o que será reconhecido por acórdão do Supremo, regulando, a partir do termo que definir, o momento em que se admitirá a glosa.

Nas duas situações, ganha a concorrência e a livre-iniciativa porque iguala todos os contribuintes, cumprindo a não cumulatividade, regra em prol do princípio da neutralidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Superior Tribunal Federal, ADI 1.179/SP, Min Rel Carlos Veloso, Tribunal Pleno, DJ 13/11/2002.

BRASIL, Superior Tribunal Federal, ADIN 2352, Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, 01/06/2011.

BRASIL, Superior Tribunal Federal, ADI 2439, Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 21.02.2003.

BRASIL, Superior Tribunal Federal, ADI 3312, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ de 09.03.2007

BRASIL, Superior Tribunal Federal, ADI 3389 MC, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 23.06.2006

BRASIL, Superior Tribunal Federal, ADI 3936 MC, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 09.11.2007

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça,, AgRg no Ag 1.243.662/MG, julgado em 01/03/2011, voto vista Herman; , voto vista Castro Meira; voto Min Eliana Calmon

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça,, AgRg no REsp 1.065.234/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 01.07.2010

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça,, AgRg no Ag 1.243.662/MG, Min Rel Eliana Calmon, 2ª Turma, 01/03/2011, voto Min Eliana Calmon.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça,, EDcl no RMS 23.159/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07/05/2009, DJe 21/08/2009.

CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS, São Paulo: Malheiros Editores, 14ª ed., pp. 358-361.

GRECO, Marco Aurélio. “Os impasses no sistema tributário”. VIEIRA, JOSÉ RIBAS (org) 20 anos da Constituição Cidadã de 1988 - Efetivação ou Impasse Institucional? São Paulo: Editora Forense, 2008. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária. 2005. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2005.

DECORRÊNCIAS DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA CONSTITUCIONAL: UM EXAME COMPARATIVO ENTRE A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MARANHÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

José Guimarães Mendes Neto

Manuela Ithamar Lima[134]

RESUMO: O presente artigo possui o objetivo de analisar até que ponto o princípio da simetria constitucional enfraquece a autonomia dos Estados Membros no tocante à sua capacidade de auto-organização, em face de uma suposta redução de sua atribuição à mera reprodução normativo-constitucional. Para tanto, compara-se a Constituição do Estado do Maranhão com a Constituição da República Federativa do Brasil, tendo em vista a intenção de avaliar se naquela há predominância de normas genuínas, ou, ao invés, se preponderam normas de simples teor reprodutivo. O presente trabalho se ateve não só à perspectiva doutrinária a respeito do assunto, mas também à atenção conferida a ele pelo conjunto jurídico-normativo correspondente e pela jurisprudência brasileira.

Palavras-chave: Simetria Constitucional. Autonomia. Constituição do Estado do Maranhão.

ABSTRACT: This article has the objective of analyzing to what extent the constitutional principle of symmetry undermines the autonomy of Member States with regard to their self-organizing capacity in the face of an alleged reduction of their allocation to the mere legal and constitutional reproduction. To this end, we compare the Maranhão Constitution with the Federative Republic of Brazil Constitution in order to assess whether the intention that there is a predominance of genuine standards or, rather, to prevail standards of simple reproductive content. This study adhered not only to the doctrinal perspective on the subject, but also the attention given to it by the corresponding normative-legal set and Brazilian jurisprudence.

Keywords: Constitutional Symmetry. Autonomy. Maranhão Constitution.

[134] Graduandos do 10º período da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que é imprescindível a interferência do Estado na vida cotidiana da sociedade, uma vez que, assim sendo, mais próximo ele estaria de cumprir sua função de proporcionar ao povo o bem-estar por meio do fornecimento de bens, da prestação de serviços, da regulação de atividades indispensáveis à sociedade ou mesmo por meio da organização de políticas econômicas (LIMA, 2008, p. 2). Para que tal finalidade se cumpra é necessária a opção por uma forma de Estado compatível. A respeito disto, a doutrina jurídico-constitucional elenca basicamente quatro formas de Estado, quais sejam o Estado Unitário, o Estado Regional e Autonômico, o Estado Federal e a Confederação de Estados (LIMA, 2008, p. 2).

Dentre elas, a que merece destaque aqui é a forma federativa de Estado, que tem por base a autonomia dos Estados Membros, bem como a repartição constitucional de competências (MORAES, 2010, p. 144). Trata-se do modelo adotado em grande parte da América Latina, inclusive no Brasil.

Raul Machado Horta (2010, p. 329) esclarece que “a autonomia do Estado-Membro constitui elemento essencial à configuração do Estado Federal”. No entanto, alerta para o fato de que o seu exercício não deve se dar sem qualquer regramento, uma vez que o seu precípuo exercício, por si só, pressupõe a obediência a determinados princípios pré-estabelecidos pelo ente soberano.

O artigo 25 da Constituição Federal de 1988, em conjunto com o artigo 11 dos ADCT, dispõe que aos Estados Membros é permitida a organização e a regência pela Constituição e leis que adotarem, desde que observados os princípios da Carta Constitucional Federal. Todavia, essa predisposta limitação acaba por mitigar o poder normativo dos Estados Membros, uma vez que muitos destes, quando almejam inovar no seu próprio ordenamento jurídico, são surpreendidos pela declaração de inconstitucionalidade de seus dispositivos pela Suprema Corte (HORTA, 2010, p. 45).

Diante disso, o objetivo do presente artigo é analisar a aplicação do princípio da simetria e o respeito à autonomia dos Estados Membros no que toca à

elaboração de suas Constituições, tendo como objetos de estudo as Constituições Federal e do Estado do Maranhão.

O CONCEITO DE SIMETRIA CONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O artigo 25 da Constituição Federal Brasileira disciplina que os Estados podem organizar-se e reger-se por constituição e lei própria, desde que respeitados os princípios da Carta de 1988. No entanto, não explicita de quais princípios fala, abrindo margem para a sua definição no exercício da jurisdição constitucional. Nesse processo, observa o contínuo recurso ao princípio da simetria para segmentar o que deve e o que não necessita ser reproduzido nas constituições estaduais. Por tal razão, este capítulo propõe reconstruir o seu conceito a partir da jurisprudência constitucional.

O exame do conceito de simetria constitucional se deu em uma perspectiva, qual seja, a de avaliar qualitativamente os fundamentos utilizados pela Corte a fim de conceituá-lo.

O principal objetivo de tal perquirição está na obtenção do posicionamento do referido órgão em relação ao princípio da simetria constitucional quando em confronto a reprodução de normas e a autonomia para legislar dos Estados. Com base na conceituação abstraída das decisões do STF, será possível saber se a Corte se posiciona: (1) no sentido da irrestrita reprodução do que dispõe a Carta Brasileira; ou se (2) no sentido do exercício da autonomia dos Estados Membros em detrimento da obrigatória reprodução de normas constitucionalmente pré-estabelecidas.

O estudo das decisões selecionadas se deu por meio de pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se os termos de pesquisa “princípio” e “simetria”, o que resultou num total de 115 (cento e quinze) decisões, sendo 1 (uma) delas considerada como “repercussão geral” pelo STF.

Destaca-se que a atualização das decisões findou no dia 29 de fevereiro de 2015, termo final da pesquisa, ao passo que o termo inicial foi a promulgação da Constituição Federal vigente desde 05 de outubro de 1988. Afora isso, pontua-se que foram analisados tanto os acórdãos quanto as decisões monocráticas, pois ambas, de diferentes medidas, representam o entendimento da Corte a respeito do tema em estudo. Desta maneira, do total de decisões pesquisadas, somente 85 (oitenta e cinco) decisões foram selecionadas. As outras 30 (trinta) decisões foram excluídas em razão de nada guardarem relação para com o objeto deste estudo.

Assim sendo, consideradas as decisões filtradas e avaliando os fundamentos utilizados pelo STF quando este se ampara no princípio da simetria, percebe-se que a atuação do STF quanto ao tema vem acompanhada de um desejo de prudência, pois a Corte, ao preterir a autonomia dos Estados Membros em favor do princípio da simetria, parece pretender evitar que arranjos institucionais desprovidos de qualquer razoabilidade possam ser praticados por parte dos estados e municípios. Porém, o STF, ao agir assim, acaba por impedir que a forma federativa do Estado Brasileiro tenha garantido uma de suas funções primordiais, qual seja a de permitir que as experiências inovadoras venham a ser exercidas nos governos locais, bem como, se bem-sucedidas, passem a ser vistas como modelo a ser adotado pelas instituições nacionais (SOUSA NETO, SARMENTO, 2012, p. 334).

Exatamente em razão disso é que Leonardo Marins (2009, p. 691) se posiciona no sentido da releitura do princípio da simetria de modo que envolva a realização de uma interpretação do federalismo brasileiro que ressalte a necessária liberdade de criação do poder constituinte dos entes federados, bem como assegure a manutenção e a existência prática de criatividade e desenvolvimento equânimes dos Estados Membros. Portanto, o ideal seria garantir que os Estados Membros possam agir com certa discricionariedade e com certa margem de liberdade normativa, sem que isto signifique prejuízo à união indissolúvel constitucionalmente pré-concebida (MARINS, 2009, p. 690).

Contudo, para que tal finalidade seja alcançada, precisa-se delinear um conceito de simetria para que, então, se possam aferir ingerências deste princípio no âmbito da construção normativa dos Estados Membros, assim como apontar a

consequente conclusão no que diz respeito à violação, ou não, do exercício de sua autonomia.

A partir da pesquisa realizada pode-se afirmar que não há uma aplicação retilínea do princípio da simetria no STF. Neste sentido, também entende o professor Léo Ferreira Leoncy (2011, p. 149-150). Segundo ele, pode parecer ser uma tarefa impossível ou, no mínimo, desafiadora ter conhecimento, na prática, do que verdadeiramente motivou o STF a decidir desta ou daquela forma quando se trata de compreender suas decisões com fundamento no princípio da simetria.

Contudo, é possível, desde a interpretação das decisões coletadas, construir um conceito de simetria constitucional conforme a Corte nas hipóteses de sua incidência, considerando as premissas recorrentes.

Do voto proferido na ADI 2.872/PI pelo Ministro Menezes Direito, tem-se que adotar o princípio da simetria, limitando o exercício da autonomia dos Estados Membros, somente nas hipóteses em que as matérias veiculadas ataque algum princípio considerado sensível ou mesmo a organização do Estado nacional. Além do mais, a liberdade dos Estados Membros para com o exercício de sua autonomia deverá ser garantida, exceto nas hipóteses sobre as quais se configure uma violação ao direito público vinculado, principalmente a realização de algum ideal social, ou mesmo, a de uma organização estatal (BRASIL, 2011).

Posteriormente, por ocasião do voto proferido pelo Ministro Mauricio Corrêa na ADI 738-6/GO, recorta-se que a observância pelos Estados Membros para com este princípio deve ser dada, sobretudo, quando o tema se referir a matérias que digam respeito a direitos e garantias individuais dos cidadãos (BRASIL, 2002).

Por último, na ocasião da Medida Cautelar em ADI nº 4298/TO, o Ministro Cezar Peluso destaca-se o princípio da simetria como uma “construção pretoriana tendente a garantir, quanto aos aspectos reputados substanciais, homogeneidade na disciplina normativa da separação, independência e harmonia dos poderes, nos três planos federativos” (BRASIL, 2009).

Com base nisso, pode-se concluir que o princípio da simetria deve ser adotado para limitar a autonomia dos Estados Membros, a fim de que estes últimos observem, no âmbito local, o que foi estabelecido para o âmbito federal, principalmente quando se quer garantir aspectos substanciais da República Federativa Brasileira, como, por exemplo, matérias referentes a direitos e garantias individuais dos cidadãos, ao princípio da separação, harmonização e independência dos poderes, bem como para o respeito de princípios sensíveis e da organização do Estado.

A AUTONOMIA DOS ESTADOS MEMBROS COMO CARACTERÍSTICA DO FEDERALISMO, COM ÊNFASE AO PODER DE AUTO-ORGANIZAÇÃO DOS ENTES FEDERADOS

O Estado Federal é apenas uma das formas de “distribuição geográfica de poder político” em razão de um determinado espaço territorial, uma vez que, além desta, ainda existem as formas unitárias, regionais e confederativas (FERNANDES, 2011, p. 586).

Em síntese, o Estado Unitário, por exemplo, se apresenta basicamente de três modos. No primeiro, denominado de Estado puro, o poder político se encontra concentrado em torno de apenas um órgão, ou seja, as decisões politicas e administrativas são direcionadas por somente um só órgão. Já o Estado unitário descentralizado administrativo é aquele onde o polo central transfere algumas atividades de serviços ou encargos a pessoas descentralizadas. Por fim, o Estado unitário descentralizado administrativo e politicamente é aquele modo mais comum nos dias de hoje, em especial na Europa, e consiste na tomada de decisões pelo polo central de modo compartilhado com o povo, com aqueles que as executam perante o comando central. Em decorrência deste modelo surge o Estado Regional e Autonômico como intermediário do Estado Unitário e do Estado Federal, tendo, para tanto, a pretensão de renovar as estruturas estatais a fim de que seja ampliado o grau de descentralização política (BULOS, 2014, p. 924).

A Confederação, por seu turno, se caracteriza como uma união de entes soberanos[135], regidos por um tratado e que se baseiam em semelhante política de seguranças externa e interna. Assim sendo, a lógica da Confederação se resume exatamente na soberania de todos os que a compõe (BULOS, 2014, p. 924). Todavia, o modelo da Confederação incidia em equívoco ao buscar conciliar objetivos inconciliáveis em um primeiro ponto de vista. A Confederação Americana, como exemplo, muitas vezes objetivava conciliar vontades soberanas que indubitavelmente não eram nada convergentes entre si e que acabavam por direcionar para uma não execução das questões que envolvessem a União, bem como mitigava a forma confederativa a um papel cada vez mais irrisório e reducionista (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 96).

Assim sendo, a intenção de um modelo federal passa a tomar fortes impulsos ao ponto de se sobrepor frente aos demais, e a razão para tanto estaria no enfraquecimento da lógica da Confederação, assim como a verificação da necessidade de uma descentralização do poder político frente à conjuntura dos demais entes que compusessem o Estado, desde que isso em nada comprometesse o conjunto e a união.

O Estado Federal se caracteriza como a forma de Estado em que a repartição geográfica do poder político se dá entre um ente dotado de soberania e outros dotados de autonomia, ou seja, é o modelo que se ocupa em viabilizar as autonomias constitucional, legislativa, administrativa, democrática e judicial dos entes federados em maior proporção (BARACHO, 1986, p. 315).

Sobre este modelo de Estado, Antônio de Castro Assumpção diz que:

> Estado federal, a rigor, é só aquele cujo poder, em suas manifestações e nos termo de Constituição escrita, necessariamente se desdobra no poder central, ao qual, correspondendo à coletividade pública total (União), é atribuída uma certa superioridade, e em poderes locais, correspondentes a coletividades

---

[135] A compreensão de ente soberano deve ser delineada como aquela que "não pode jamais se obrigar, mesmo para com outrem, a nada que derrogue esse ato primitivo, como alienar qualquer porção de si mesmo ou submeter-se a outro soberano" (ROUSSEAU, 1999, p. 29-30). Desta maneira, um ente soberano é aquele que não possui regulamentações ditadas por nenhum mais outro ente, nem mesmo por outro que da mesma soberania possa vir a ser dotado.

> públicas parciais naquela compreendidas (coletividades federadas), e que, desfrutando de maior ou menor autonomia constitucional e administrativa, participam ainda, direta ou indiretamente, não só da atividade legislativa do poder central, como também, em concurso com a coletividade pública total, e de um modo decisivo, das reformas da referida Constituição, ao menos no que possam afetar-lhes as regalias na mesma reconhecidas (ASSUMPÇÃO, 1963, p. 59).

Contudo, apesar do seu fortalecimento, questionamentos não deixaram de ser levantados, principalmente quanto à possibilidade de conciliação da soberania do Estado federal com o exercício da autonomia reservado aos entes, uma vez que a soberania se pauta no caráter da indivisibilidade. Por conta disso que a descentralização política ocasionada pelo federalismo é considerada como uma ficção, tendo em vista que o que ocorre de fato não é uma "distribuição territorial do poder político, com a coexistência de esferas de governo, com competências definidas, possibilitando coordenação e independência", mas uma convergência centralizadora em torno do ente soberano (BARACHO, 1986, p. 20-1). Porém, para evitar esta forte convergência, é necessário fortalecer a atuação do Senado Federal na atividade legislativa da União, pois só assim estaria garantido um maior equilíbrio entre a autonomia dos Estados Membros e a tendência de centralização da União (ASSUMPÇÃO, 1963, p. 31).

Cumpre asseverar que o federalismo não necessariamente anda junto com a democracia. Não é verdade que ao mesmo tempo em que proporciona descentralização, o federalismo proporciona maior exercício democrático. Na verdade, o que acontece é um direcionamento para a democratização da gestão do poder, mas isso não é um consectário lógico (ARAÚJO, 2010, p. 522). A justificativa se encontra no fato de que o cerne da questão depende não da estruturação do poder em si, mas da maneira com a qual este poder está sendo gerido, uma vez que, da mesma forma em que o fortalecimento do poder local proporciona o abrandamento do poder central, ele também pode vir a ocasionar maior utilização de práticas não democráticas (ARAÚJO, 2010, p. 521). A verdade é que o federalismo privilegia a descentralização política e, ao fazer isso, permite a autodeterminação do poder local, consagrando, assim, uma intenção de "unidade na diversidade" (ARAÚJO, 2010, p. 525).

Não obstante, destacam-se substanciais diferenças existentes entre o Estado Federal e os demais modelos de Estado. Por exemplo, o Estado Regional e Autonômico apesar de detentor de uma descentralização que os distanciam do Estado Unitário, também possuem características que os fazem distanciar do Estado Federal, uma vez que naquele não há a exigência de participação do poder central quando do exercício legislativo pelo poder constituinte do Estado Membro, ou seja, não há interferência do poder central, entretanto, o mesmo não acontece na realidade das Regiões ou Comunidades do Estado Regional ou Autonômico, tendo em vista que estes não exercem o poder constituinte decorrente, pois os Estatutos, para serem vigentes, necessitam da participação do poder central (ARAÚJO, 2010, p. 528-9).

Todavia, dentre os modelos de Estado, as diferenças mais destacáveis se encontram quando são comparados modelos como o Federal e o Confederativo.

Primeiramente, o Estado Federal se origina e se consolida por meio de um documento constitucional, enquanto que assim não acontece com a Confederação. Esta surge através de um acordo, de um tratado estabelecido entre todos os entes confederados, e cada ente é dotado de soberania (FERNANDES, 2011, p. 589). Segundo, ao Estado Federal não é permitido o direito de secessão, isto é, o direito de determinado ente se esvair do vínculo federativo no qual venha a estar inserido. Isto, enquanto princípio-chave do federalismo, é denominado princípio da indissolubilidade do vínculo federativo (BULOS, 2014, p. 925). Terceiro, tem-se ainda o fato de existir no Estado Federal uma Corte Suprema responsável por dirimir eventuais conflitos que venham ocorrer entre os entes, enquanto que, na Confederação, essa característica não está presente, haja vista o fato de ser formada por entes soberanos e que, portanto, além de possuírem sua própria Constituição, possuem também um Poder Judiciário próprio para solucionar os conflitos que se estabelecerem internamente (FERNANDES, 2011, p. 590).

Outra questão costumeiramente levantada é quanto ao fato da descentralização ser uma prerrogativa exclusiva do Estado Federal, razão pela qual acabaria por ser a principal diferença entre o Estado Federal e os demais Estados descentralizados (ARAÚJO, 2010, p. 525).

Todavia, destaca-se que a descentralização não consiste em prerrogativa somente do Estado Federal. A respeito disto, Marcelo Labanca assim conclui:

> [...] nota-se que a descentralização pode não ser a maneira mais eficaz para a caracterização do Estado Federal, visto que outros Estados podem repassar suas atribuições centrais para os entes territoriais autônomos, conferindo-lhes inclusive a competência legislativa (ARAÚJO, 2010, p. 532).

No Estado Unitário, por exemplo, observam-se três configurações, quais sejam: a do Estado Unitário simples; a do Estado Unitário desconcentrado; e a do Estado Unitário descentralizado. Nesta última configuração, verifica-se a existência de entes territoriais dotados de autonomia para o exercício de determinada competência, entretanto, ainda que presente uma descentralização, esta só se dá quanto às atividades administrativas. Portanto, a respeito da descentralização, observa-se que o Estado Unitário possui essa característica quanto às atividades administrativas, diferenciando-se do Estado Federal apenas quanto às atividades legislativas (ARAÚJO, 2010, p. 527).

No entanto, ainda assim percebe-se que as características do modelo Federal em muito se difere do modelo confederativo de Estado. A principal se encontra na forma sobre a qual os entes envolvidos se relacionam entre si, pois enquanto na Confederação há um pé de igualdade entre todos os entes, no que diz respeito a não existência de limitações, na Federação não. Na Federação preexistem entes que possuem sua importante parcela de contribuição para a construção do Estado, entretanto, não sendo esvaído de determinadas restrições.

No Brasil, o federalismo é caracterizado como centrifugo e a razão para tanto está na origem histórica de como o modelo federal de Estado passou a ser adotado no país e do modelo por qual ele acabou perpassando (FERNANDES, 2011, p. 223). O Brasil, de acordo com a Constituição de 1824, era um Estado Unitário e, portanto, altamente centralizador. Contudo, com a proclamação da República, o Estado brasileiro passou a adotar a forma federalista. Desta maneira, observa-se que a federação brasileira nasceu por meio de segregação, formando-se de “dentro pra fora”, ou seja, embora tivesse sido um Estado unitário, acabou se

descentralizando para formar unidades federadas dotadas de autonomia (BULOS, 2014, p. 924-5). No entanto, essa origem centrífuga acabou encaminhando para um federalismo altamente centralizado, com inúmeras competências em favor da União, sendo então "um federalismo de cunho eminentemente centrípeto quanto à concentração de poder" (FERNANDES, 2011, p. 592). Neste sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho (1986, p. 24) afirma que "a ampliação da competência dos órgãos centrais, isto é, da federação, diminui a competência dos Estados Membros, ocasionando maior centralização".

É por conta deste paradoxo que cada vez mais vem sendo fortalecida a ideia de um federalismo equilibrado, isto é, um federalismo que não seja exacerbadamente centralizado nem tampouco descentralizado, mas contrabalançado, sendo um intermédio dentre as duas extremidades. Nesse aspecto é que o constituinte federal brasileiro procurou saber se as atividades dos poderes federais não viriam a impedir a engenhosidade legislativa dos respectivos poderes estaduais (HORTA, 2010, p. 281-2).

No mais, a previsão constitucional de repartição de competências, bem como a participação dos Estados Membros na vontade geral, é característica essencial para a configuração do Estado Federal (BARACHO, 1986, p. 24-5).

Segundo Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 830-1), a previsão constitucional da repartição de competências entre os entes do federalismo é para que sejam adotados mecanismos que favoreçam a eficácia da ação estatal, evitando assim conflitos e desperdícios de esforço e recurso, enquanto que a autonomia dos Estados Membros pressupõe a participação e a voz ativa dos mesmos na formação da vontade da União em um ambiente próprio para isso (no caso, o Senado Federal).

Deve-se prontificar esta autonomia dos Estados Membros como um elemento essencial para a configuração do Estado Federal, uma vez que nos outros modelos coisa igual não se é prevista (HORTA, 2010, p. 329). Na Confederação, por exemplo, não há o exercício da autonomia, mas sim da soberania propriamente dita. No Estado Unitário, existe a participação desvinculada do polo central emanador de normas, entretanto ela apenas se dá quanto ao aspecto das competências

administrativas, excluindo-se as legislativas. Portanto, a dotação de autonomia aos Estados Membros, para que estes exerçam atividade participativa direta, acaba sendo uma peculiaridade não só própria, mas, principalmente, de importância para um Estado de forma federal. Lembra-se, porém, que a mesma, apesar de essência do federalismo, não lhe é privativa (ASSUMPÇÃO, 1963, p. 38).

Assim sendo, a autonomia se revela como capacidade da qual determinados entes públicos são dotados para fins de expedição de normas que organizem, desenvolvam e preencham seu ordenamento jurídico próprio (HORTA, 2010, p. 332). Neste sentido, Antônio de Castro Assumpção (1963, p. 34) afirma que a autonomia deve ser considerada como uma "faculdade reconhecida a uma coletividade pública subordinada, de organizar, dentro de certos limites, o seu governo, para a administração do que respeite aos seus peculiares interesses".

O exercício desta autonomia, por sua vez, pressupõe o desenvolvimento de quatro diferentes capacidades, quais sejam a da auto-organização, a autolegislação, a autoadministração e o autogoverno (BULOS, 2014, p. 934).

A capacidade de autogoverno é aquela que confere ao Estado Membro o poder de organizar o seu próprio governo por meio de eleição de seus correspondentes representantes, quer sejam eles do âmbito Executivo ou Legislativo. De outra sorte, a autoadministração se caracteriza como a capacidade de gerenciamento próprios dos negócios que a si digam respeito, ou seja, a capacidade de exercício de competências administrativas, legislativas e tributárias, consoante dispositivo legal da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, a capacidade de autolegislação consiste na possibilidade que os Estados Membros possuem de criar as suas próprias leis a um âmbito territorial correspondente e delimitado. E, por último, a capacidade de auto-organização consiste no poder de o Estado Membro instituir sua própria Constituição (BULOS, 2014, p. 934).

Apesar disso, o exercício da auto-organização e da autolegislação não se dá de maneira desregrada, tendo em vista que o artigo 25, §1º da Constituição Federal determina a observância dos princípios desta Constituição prefixados no âmbito federal. O dever de observância, contudo, não deve ser entendido como uma

obrigação de cópia, ou reprodução do modelo federal pelo constituinte estadual (IVO, 1997, p. 141).

Portanto, tem-se que o exercício do poder de organização dos Estados Membros não está alheio a limites, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 adota a natureza limitada e não soberana da competência autônoma, isto é, a mesma condiciona o livre exercício da autonomia dos Estados Membros aos seus princípios (HORTA, 2010, p. 298). Os Estados Membros são passiveis de limitações previstas no texto constitucional federal, pois a atribuição dada aos mesmos foi de autonomia, razão pela qual se pressupõe o estabelecimento de limites a fim de que não haja dissonância em face da organização federativa prevista constitucionalmente.

Porém, as limitações impostas aos Estados Membros para o exercício de sua auto-organização podem reduzir desproporcionalmente a atuação daqueles, o que tende a fazer das Constituições Estaduais um simples texto normativo de reprodução do que já estabelece a Constituição Federal (ASSUMPÇÃO, 1963, p. 35). Por conta disso, deve-se cuidar para que os limites postos para evitar o comprometimento da unidade do Estado Federal no plano interno não acabem por esvaziar a autonomia dos entes estatais ferindo de vez a organização federativa estabelecida no Brasil[136] (ALMEIDA, 1987, p. 176). A fixação de limites é legítima, ao contrario de o esvaziamento da autonomia que não é.

DOS LIMITES AO EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE

A compreensão do poder de auto-organização dos Estados importa algumas considerações sobre o designado poder constituinte.

---

[136] Fernanda Dias de Almeida (1987, p. 177) destaca que este risco é maior nas Federações formadas por segregação, como no caso do Brasil, se comparadas às Federações formadas por agregação, pois o processo de descentralização dos primeiros de Estados unitários para unidades autônomas acaba por fortalecer a União em detrimento da autonomia estadual.

O Poder constituinte é concebido decorrente quando se trata daquele conferido aos próprios Estados Membros para o exercício de sua auto-organização, ou seja, para a elaboração de sua Constituição, enquanto que se chama derivado aquele que diz com o poder de revisão constitucional ou de reforma, que se volta a assegurar a adaptação da Constituição a novas circunstâncias sociopolíticas (MELO, 2008, p. 32-3).

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz (1979, *apud*, ALMEIDA, 1987, p. 176), a este poder decorrente conferido aos Estados Membros não deve ser negado o caráter de constituinte, pois muito embora "seja um poder de direito posto pela Constituição Federal, sua função é de caráter nitidamente constituinte, partícipe que é da obra do Poder Constituinte originário que, sem a sua cooperação, não cumpriria o desígnio de instituir um Estado do tipo federal". Além disso, deve-se admitir que a Constituição do Estado Membro editada pelo poder constituinte decorrente possui o caráter de inicialidade e supremacia, pois, quanto ao ordenamento jurídico referente ao âmbito interno do próprio Estado, também serve como fundamento de validade das leis e atos normativos estaduais (ALMEIDA, 1987, p. 176).

Deve-se destacar que os limites à auto-organização e, consequentemente, ao exercício do poder constituinte decorrente se materializam nas denominadas normas de observância obrigatória. A Constituição Federal, por meio delas, delimita abstratamente como deve ser o exercício do poder constituinte estadual. Tais normas são consagradas de maneira expressa, implícita e por meio de um mandamento ou mesmo por uma vedação (LEONCY, 2007, p. 15).

As normas expressas são aquelas que o constituinte federal já as apresenta claramente como delimitadoras do exercício autônomo do ente estadual. Por sua vez, as normas implícitas, não obstante todo questionamento a respeito de sua constitucionalidade, são aquelas nas quais não há a disposição expressa enquanto norma limitadora do exercício da autonomia dos entes estaduais, mas há uma presunção lógica e indireta do seu caráter limitador. A título de exemplo, as normas de repartição de competências acabam por limitar, implicitamente, aquilo que o Estado Membro pode, ou não, vir a legislar (LEONCY, 2007, p. 15-6).

Por outro lado, têm-se ainda as normas mandatórias e vedatórias. A primeira implica a imposição de tarefa por parte dos Estados Membros, enquanto que a segunda consiste na proibição de uma conduta que este ente poderá vir a tomar. Assim sendo, ambas determinam o afastamento do exercício da autonomia dos Estados Membros (LEONCY, 2007, p. 17-8).

O conteúdo das normas de observância obrigatória pode ser agrupado em classificações distintas. José Afonso da Silva (2012, p. 611), por exemplo, diz que as normas limitadoras são aquelas que firmam os princípios constitucionais sensíveis e os princípios constitucionais estabelecidos. Por sua vez, Leoncy (2007, p. 14) distingue quatro tipos normativos, quais sejam: os princípios sensíveis, as normas de pré-ordenação institucional, os princípios estabelecidos e as normas extensíveis (LEONCY, 2007, p. 14).

Os princípios sensíveis são aqueles que significam o que de mais essencial tem na organização constitucional do Estado brasileiro, e que, portanto, uma vez sendo desrespeitados pelos Estados Membros, justificam a ocorrência da intervenção federal (SILVA, 2011, p. 612).

Por outro lado, os princípios estabelecidos são observados quando a Constituição Federal já previamente revela e ordena a atividade do poder constituinte decorrente, fazendo isso, por exemplo, na medida em que estabelece o regime normativo que tem que ser adotado em determinadas matérias, vinculando a disciplina a ser eventualmente positivada na Constituição Estadual do respectivo Estado Membro. (LEONCY, 2007, p. 25).

As normas de pré-ordenação institucional, por sua vez, são aquelas na qual o texto constitucional federal já revela antecipadamente a matéria sobre a qual o texto constitucional do Estado Membro terá que versar para a sua respectiva organização institucional. Como exemplo de tais normas, têm-se as que se referem ao sistema de eleição nos Estados ou as imunidades dos parlamentares (ARAÚJO, 2010, p. 541).

Segundo Léo Ferreira Leoncy (2007, p. 23-5), as normas ou princípios extensíveis são um conjunto de preceitos organizacionais da União

constitucionalmente previstos, que teriam aplicação estendida aos Estados. Para José Afonso da Silva (2011, p. 611), estas normas se encontram praticamente eliminadas do atual ordenamento constitucional em vigência, uma vez que a Constituição atual buscou prestigiar bem mais o federalismo em sobreposição a regras que já viessem a ser aplicadas pelos Estados Membros. Todavia, mesmo com a sua escassez no corpo normativo atual, deve-se lembrar que muitos dispositivos da Constituição Federal, principalmente aqueles voltados para o âmbito organizacional da União, ainda são aplicáveis aos Estados Membros, muito embora não seja fácil a tarefa de indicação e descoberta (LEONCY, 2007, p. 24).

Exatamente pela dificuldade de indicação destas normas que outro problema surge, qual seja a da real delineação do que de fato deve ser estendido aos Estados Membros sem que isso acabe por esvaziar o exercício de sua autonomia. Por conta disso, Marcelo Labanca Corrêa de Araújo (2010, p. 542) pontua que o princípio da simetria em nada tem relação com as normas de pré-ordenação, os princípios estabelecidos ou mesmo os princípios sensíveis. Ao contrário, dizem respeito àquelas normas que são extensamente interpretadas e aplicadas aos Estados Membros.

Na Constituição Federal podem ser identificadas normas condicionantes do exercício da autonomia dos Estados Membro, como, por exemplo, aquelas que se encontram dispostas no Título I ou, como corriqueiramente são conhecidos, os princípios fundamentais (IVO, 1997, p. 148). As demais normas, que são prescritas na Constituição Federal Brasileira e, por sua vez, servem de limite para o poder constituinte estadual, se originam logicamente destes princípios fundamentais. As normas condicionadoras da autonomia legislativa estadual decorrem seja do princípio republicano ali disposto, seja do federalismo, da isonomia, da separação dos poderes, do Estado Democrático de Direito ou mesmo dos princípios fundamentais previstos no decorrer do artigo 3º da Constituição Federal. Assim, “todos os limites à competência criadora da Constituição Estadual brotam direta ou indiretamente dos princípios fundamentais prescritos no Título I da Constituição Federal, que terminam por desenhar a competência” (IVO, 1997, p. 160).

Destaca-se ainda o fato de que ao poder constituinte decorrente, além das limitações materiais e especialmente no que se refere ao intuito de compatibilizar o arranjo institucional dos Estados Membros aos denominados princípios da União, também são direcionadas limitações formais, como a de ser criada, por exemplo, por autoridade competente mediante procedimento legislativo competente (MELO, 2008, p. 34). Assim sendo, a Constituição do Estado Membro deverá ser elaborada pela sua respectiva Assembleia Legislativa, cujos componentes foram eleitos para exercer mandato correspondente. Por fim, o quórum para a aprovação da respectiva Constituição Estadual deve ser especial, portanto diferente do quórum de aprovação de lei ordinária. A participação do Executivo está dispensada e na promulgação deve ser observado o prazo sobre o qual o artigo 11 do ADCT dispõe.

ANÁLISE COMPARATIVA DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MARANHÃO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: OS DISPOSITIVOS AUTÔNOMOS E A APLICAÇÃO DA SIMETRIA CONSTITUCIONAL

Segundo Marcelo Labanca Corrêa de Araújo (2009, p. 26), na realidade brasileira há uma exacerbada padronização dos textos constitucionais estaduais, tendo em vista o excessivo delineamento imposto pela Constituição Federal ao exercício da auto-organização dos Estados Membros. No mais, há quem conclua que poucas Constituições Estaduais de fato tratam sobre questões que lhe são tipicamente peculiares, excepcionando de tal afirmação àquelas matérias que guardam relação com o meio ambiente e a proteção do ecossistema (MARINS, 2009, p. 701).

A Constituição do Estado do Maranhão é composta de 276 artigos em seu corpo e 53 artigos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Para os fins deste estudo, tomou-se em conta o corpo da Constituição Estadual e desconsiderou-se o ADCT dado o seu caráter precário (BULOS, 2014, p. 1661-2).

A comparação entre as Constituições Federal e Estadual resultou na criação de 8 (oito) categorias de normas, quais sejam: 1 - normas de remissão; 2 – normas que repetem integralmente com identidade redacional; 3 – normas que repetem integralmente sem identidade redacional; 4 – normas que adaptam ao cenário estadual sem alteração substancial; 5 – normas que adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por inclusão; 6 – normas que adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por supressão; 7 – normas que adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por mudança de termos; e 8 - normas sem correlação na Constituição Federal (Apêndice B).

Figura 1 – Fluxograma das categorias de normas extraídas da comparação da Constituição do Estado do Maranhão com a Constituição Federal

Fonte: Autoria própria

Na categoria normas de remissão encontram-se somente aqueles dispositivos da Constituição do Estado do Maranhão que apenas remetem à disposição da Constituição Federal a respeito de determinado assunto. Como exemplo de normas remissivas na Constituição Estadual do Maranhão, tem-se o artigo 90 que dispõe: “a competência, composição e processo dos Juizados Especiais de Pequenas Causas serão determinadas na Lei de Organização Judiciária, observado o disposto nos arts. 24, X e 98, I, da Constituição Federal”.

Por conseguinte, a categoria das normas que se repetem foi dividida em duas subespécies. Na primeira, figuram as normas que se repetem com identidade redacional, ou seja, aquelas em que o inteiro teor previsto no texto constitucional estadual não passa de cópia literal do que já dispõe a Constituição Federal a respeito do mesmo assunto. Na segunda, por sua vez, foram colocadas aquelas normas que se repetem sem identidade redacional, isto é, o conteúdo da norma estadual é a mesma da norma da Constituição Federal, apesar de literalmente não o ser.

Como exemplo de normas alocadas nestas duas categorias, quais sejam normas que repetem integralmente com identidade redacional e normas que repetem integralmente sem identidade redacional, tem-se o artigo 99 e o artigo 252, *caput*, da Constituição Estadual do Maranhão que se assemelham, respectivamente, com e sem identidade redacional, ao §3º do art. 129 e o art. 227, *caput*, da Constituição Federal.

Outra categoria estabelecida foi a de normas que adaptam ao cenário estadual sem alteração substancial. Nesta categoria foram colocadas todas aquelas normas da Constituição do Estado do Maranhão que não realizam nenhuma alteração substancial frente ao que a Constituição Federal dispõe, mas apenas adaptam a mesma para a respectiva realidade local.

Como exemplo, tem-se o artigo 41, *caput* e incisos I, II e III e §1º, §2º e §3º da Constituição do Estado do Maranhão. Nesse exemplo, há a normatização de quem pode propor emenda à Constituição de uma maneira adaptável ao âmbito

estadual, mas nada diferente do que já dispôs o artigo 60 e seus respectivos incisos e parágrafos da Constituição Federal[137].

No mais, estabeleceu-se ainda a categoria das normas que adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original seja por inclusão, supressão ou por mudança de termos.

No primeiro caso, isto é, nas denominadas normas que adaptam: ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por inclusão, o inciso IV do artigo 81 serve como exemplo, uma vez que a Constituição do Estado do Maranhão inclui membros das "Procuradorias Gerais do Estado, da Assembleia Legislativa e da Defensoria Pública e os Delegados de Polícia" a serem processados e julgados, originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, pelo Tribunal de Justiça, sendo que a Constituição Federal, em seu inciso III do artigo 96, apenas concede essa possibilidade aos juízes estaduais, do Distrito Federal e Territórios e aos membros do Ministério Público.

O segundo caso é formado pelas normas que adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por supressão. Nesse caso, o artigo 124, inciso III da Constituição do Estado serve como exemplo, tendo em vista que não há a previsão da outra modalidade de cobrar tributos, que, por sua vez, existe na Constituição Federal, qual seja, a do artigo 150, inciso III, alínea c: "antes

---

[137] Deve-se pontuar que, por vezes, durante a realização da referida categorização, pôde-se encontrar um conflito sobre em qual categoria colocar determinada norma da Constituição do Estado do Maranhão. Este conflito se dera, principalmente, entre duas categorias em especial, quais sejam, entre as normas que se repetem com identidade redacional e as normas que se adaptam: ajusta ao cenário estadual sem alteração substancial. No entanto, estabeleceu-se que toda vez que uma norma do texto constitucional do Estado do Maranhão pudesse ser alocada nestas duas categorias iria se preferir a categorização desta norma na categoria das normas que se adaptam por ajuste ao cenário estadual sem alteração substancial. Observa-se como exemplo o art. 12 inciso I alínea a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k, l e inciso II alínea a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k, l, m, n, o, p, §1, §2 da Constituição do Estado do Maranhão. A justificativa para esta escolha está no princípio da especialidade, tendo em vista que uma norma do texto constitucional de um Estado Membro deve, originalmente, se ater as suas peculiaridades e, uma vez assim fazendo, mesmo que seja sem qualquer substancial alteração, não há porque se considerar como de cópia integral sem alteração redacional, haja vista o fato de ter ocorrido sim uma alteração, mesmo que ínfima, que foi a de adaptar a realidade local do Estado Membro de determinada norma já prevista na Constituição Federal ao âmbito nacional.

de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b".

Por último, o terceiro caso diz respeito àquelas normas que se adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por mudança de termos. Esta categoria diz respeito àqueles casos na qual a norma da Constituição do Estado troca termos, isto é, deixa de usar parte da redação da Constituição Federal e emprega outra afinada ao contexto local. Quanto a este caso, serve como exemplo o §3º do artigo 29 da Constituição Estadual, uma vez que permite a reeleição daqueles que já exerceram o mandato de dois anos na Mesa Diretora da Assembleia Legislativa, enquanto que o §4 do art. 57 da Constituição Federal veda a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente seguinte para a Mesa Diretora.

Necessita-se esclarecer que se utilizou o termo "substancialmente" nestas últimas quatro categorias, mas isso em nada tem correlação com a necessidade da existência de um significativo impacto social decorrente da mudança no conteúdo da norma. Trata-se, exclusivamente, de uma mudança no conteúdo da norma, independentemente de sua extensão e efeitos.

Por fim, tem-se a categoria das normas sem correlação na Constituição Federal. Nessa categoria, estão alocadas todas aquelas normas da Constituição do Estado que não possuem qualquer correlação normativa no âmbito federal.

As Seções II e III do Capítulo IV da Constituição do Estado do Maranhão denominadas, respectivamente, em "Da Política Agrícola e Agrária" e "Da Política Pesqueira" servem como exemplo, pois se observa, nestes casos, que os dispositivos ali previstos não guardam qualquer correspondência direta com a Constituição Federal, tendo em vista que o conteúdo referente àquelas questões diz respeito apenas ao Estado.

Observou-se, por conseguinte, que uma categoria prevalece em detrimento da outra.

No Título I e II da Constituição do Estado do Maranhão, isto é, aqueles que respectivamente dizem respeito às "disposições preliminares" e aos "direitos e

garantias fundamentais”, percebe-se uma predominância da categoria das normas que adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por inclusão.

De outra sorte, no Título III, denominado “Da Organização do Estado”, percebe-se uma predominância de normas da Constituição do Estado que se alinham à categoria das normas que adaptam ao cenário estadual sem alteração substancial. Igual predominância há no Título IV denominado “Dos Poderes do Estado”.

Já na parte da Constituição do Estado que trata sobre a tributação e o orçamento, Título VI, se percebe a predominância de normas que repetem integralmente com identidade redacional, uma vez que o Título, em si, não passa, em grande parte, de uma transcrição dos dispositivos da Constituição Federal (IVO, 1997, p. 214).

Porém, a categoria de normas que predomina internamente nos Títulos da Constituição do Maranhão é a categoria das normas sem correlação na Constituição Federal, as quais são encontradas nos Títulos V, VII, VIII e IX que, respectivamente, dizem respeito à defesa do estado, à organização municipal, à ordem econômica e social e às disposições gerais e finais.

Enquanto as normas sem correlação na Constituição Federal são as que predominam na Constituição do Estado do Maranhão, se levado em conta os seus Títulos individualmente analisados, a categoria que, por sua vez, é predominante ao se analisar todo o texto constitucional estadual é a das normas que adaptam ao cenário estadual sem alteração substancial.

Feita essa análise, cabe, então, sinalizar, dentre as categorias instituídas, aquelas que demonstram o exercício da autonomia por parte do Estado Membro e aquelas que podem atestar o não exercício da autonomia. Para tanto, considerou-se que as normas inseridas nas seguintes categorias: 1 - normas de remissão; 2 - normas que repetem integralmente com identidade redacional; 3 – normas que repetem integralmente sem identidade redacional; e 4 - normas que adaptam ao cenário estadual sem alteração substancial são exemplos de normas, previstas no

texto constitucional do Estado do Maranhão, que podem significar uma não concretização da premissa da autonomia. Diz-se que se trata de uma possibilidade, pois é preciso lembrar que o que caracteriza o esvaziamento da autonomia é a supressão da faculdade de editar normas de outras categorias. Assim, a existência, por si só, de normas dos tipos 1 a 4, é apenas um indício do dever de reprodução, mas não necessariamente a sua concretização. Por outro lado, há também as: 5 - normas que adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por inclusão; 6 – normas que adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por supressão; 7 – normas que adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por mudança de termos; e as 8 – normas sem correlação na Constituição Federal, nestas últimas, observa-se que há a presença do exercício da autonomia do Estado.

Gráfico 5: Categorias de normas predominantes na Constituição do Estado do Maranhão

Fonte: Autoria Própria

CONCLUSÃO

Conforme se vê, a Constituição do Maranhão é composta por uma maioria de dispositivos de caráter tendencialmente não autônomos. No mais, cumpre destacar que os temas que obrigam a simetria pelo Supremo Tribunal Federal são os que, no caso da Constituição Estadual do Maranhão, se encaixam como normas que tendencialmente não respeitam a auto-organização, razão pela qual se consubstancia mais ainda a ideia de que a Constituição do Estado do Maranhão não pode ser considerada como um modelo exímio da prática da autonomia.

Observa-se, desta maneira, que as normas centrais da Carta Federal acabam afetando a liberdade de criação e de exercício do poder constituinte decorrente, para além do condicionamento que é a premissa da autonomia, provocando, com isso, uma simplificação da atividade do constituinte estadual, que se torna mero exercício de transporte de normas da Constituição Federal para as Constituições dos Estados Membros (HORTA, 1988, p. 6).

No sentir de Horta, costuma haver uma prevalência das normas de reprodução em detrimento das normas de imitação. A principal diferença e reflexo disso na autonomia dos Estados Membros está no fato de que as primeiras têm caráter obrigatório, levando, portanto, o constituinte estadual a adotar compulsoriamente o modelo da norma constitucional federal, enquanto que a norma de imitação traduz a adesão por vontade própria do constituinte do Estado Membro a uma determinada disposição do texto federal (HORTA, 1988, p. 6).

A reversão desse cenário passa por uma interpretação restritiva, especialmente quanto aos princípios federais extensíveis para o fim de que seja garantido o exercício da autonomia das unidades federadas. Com isso, fortalece-se a tese de que é necessário que os Estados Membros adotem padrões normativos próprios, voltados para a defesa de suas características culturais e socioeconômicas, solidificando ainda uma das virtudes pilares do federalismo, qual seja a de permitir uma diversificação na organização dos entes estaduais (ALMEIDA, 1987, p. 179-80).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **A constituição do estado federal e das unidades federadas**. 1987. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/ handle/id/181809/000433660.pdf?sequence=1. Acesso em: 02 de fevereiro de 2015.

AMORIM, Rafael Botelho de Castro. **O princípio da simetria na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** 2010. Disponível em: http://documents.jdsupra.com/54b60c8f-db02-4ae8-bf97-4de33d1cb693.pdf. Acesso em: 19 de março de 2015.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **Jurisdição constitucional e federação:** o princípio da simetria na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Federalismo e princípio da simetria: entre unidade e diversidade. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Estado constitucional e organização do poder**. Saraiva, 2010.

ASSUMPÇÃO, Antônio de Castro. **Estado Federal**: Anotações Jurídico-Doutrinárias-Conceito. Rio de Janeiro: Laemmert, 1963.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. **DOU**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_02.12.2014/CON1988.pdf. Acesso em 09 de janeiro de 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 738 – GO, Relator Ministro Mauricio Corrêa, Tribunal Pleno, j. 13/11/2002. 2002.

_________. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.298 – TO, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 07/10/2009. 2009.

_________. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.872 – PI, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 01/08/2011. 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

CIMADON, Aristides. **Autonomia dos estados federados e direito educacional.** Florianópolis: Conceito Editorial; Joaçaba: Unoesc, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Dworkin_DireitosSerio.pdf. Acesso em: 19 de maio de 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HORTA, Raul Machado. **Natureza do poder constituinte do Estado-Membro**. Publicado no nº 85 – Janeiro – Março de 1988 da Revista de Direito Público, 1988.

Disponível em: file:///C:/Users/asus/Downloads/11410.pdf. Acesso em: 03 de fevereiro de 2015.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5ª edição revisada e atualizada por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

IVO, Gabriel. **Constituição estadual**: competência para elaboração da Constituição do Estado-Membro. Max Limonad, 1997.

LEONCY, Léo Ferreira. **“Princípio da simetria” e argumento analógico**: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente. 2011. 182 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011.

LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de constitucionalidade estadual**: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-Membro. São Paulo: Saraiva, 2007.

LIMA, Tatiana Maria Silva Mello de. **O federalismo brasileiro**: uma forma de estado peculiar. 2008. Disponível em: http://portal.estacio.br/media/3327503/10-o-federalismo-brasileiro-uma%20forma-estado-peculiar.pdf. Acesso 01 de abril de 2015.

MARANHÃO. **Constituição do Estado do Maranhão**. Disponível em: http://legislacao.al.ma.leg.br:8080/ged/cestadual.xhtml. Acesso em 09 de janeiro de 2014.

MARINS, Leonardo. Limites ao princípio da simetria. In: SOUSA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Livraria e Editora Lumen Juris, 2009.

MELO, Adriana Zawada. **A limitação material do poder constituinte derivado**. 2008. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ZawadaM.pdf. Acesso em 02 de fevereiro de 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ª edição. Revisada e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. Federação brasileira: necessidade de fortalecimento das competências dos Estados Membros. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Estado constitucional e organização do poder**. Saraiva, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social e discurso sobre economia política**. 7ª edição. São Paulo: Hemus Editora Limitada, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA NETO, Claúdio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SIMETRIA CONSTITUCIONAL

Manuela Ithamar Lima,

INTRODUÇÃO

Sabe-se que é imprescindível a interferência do Estado na vida cotidiana da sociedade, uma vez que, assim sendo, mais próximo ele estaria de cumprir sua função de proporcionar ao povo o bem-estar por meio do fornecimento de bens, da prestação de serviços, da regulação de atividades indispensáveis à sociedade ou mesmo por meio da organização de políticas econômicas (LIMA, 2008, p. 2). Para que tal finalidade se cumpra é necessária a opção por uma forma de Estado compatível. A respeito disto, a doutrina jurídico-constitucional elenca basicamente quatro formas de Estado, quais sejam o Estado Unitário, o Estado Regional e Autonômico, o Estado Federal e a Confederação de Estados (LIMA, 2008, p. 2).

Dentre elas, a que merece destaque aqui é a forma federativa de Estado, que tem por base a autonomia dos Estados Membros, bem como a repartição constitucional de competências (MORAES, 2010, p. 144). Trata-se do modelo adotado em grande parte da América Latina, inclusive no Brasil.

Raul Machado Horta (2010, p. 329) esclarece que “a autonomia do Estado-Membro constitui elemento essencial à configuração do Estado Federal”. No entanto, alerta para o fato de que o seu exercício não deve se dar sem qualquer regramento, uma vez que o seu precípuo exercício, por si só, pressupõe a obediência a determinados princípios pré-estabelecidos pelo ente soberano.

O artigo 25 da Constituição Federal de 1988, em conjunto com o artigo 11 dos ADCT, dispõe que aos Estados Membros é permitida a organização e a regência pela Constituição e leis que adotarem, desde que observados os princípios da Carta Constitucional Federal. Todavia, essa predisposta limitação acaba por mitigar o poder normativo dos Estados Membros, uma vez que muitos destes, quando almejam inovar no seu próprio ordenamento jurídico, são surpreendidos pela

declaração de inconstitucionalidade de seus dispositivos pela Suprema Corte (HORTA, 2010, p. 45).

Diante disso, o objetivo do presente artigo é analisar a aplicação do princípio da simetria e o respeito à autonomia dos Estados Membros no que toca à elaboração de suas Constituições, tendo como objetos de estudo as Constituições Federal e do Estado do Maranhão.

1. O CONCEITO DE SIMETRIA CONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O artigo 25 da Constituição Federal Brasileira disciplina que os Estados podem organizar-se e reger-se por constituição e lei própria, desde que respeitados os princípios da Carta de 1988. No entanto, não explicita de quais princípios fala, abrindo margem para a sua definição no exercício da jurisdição constitucional. Nesse processo, observa o contínuo recurso ao princípio da simetria para segmentar o que deve e o que não necessita ser reproduzido nas constituições estaduais. Por tal razão, este capítulo propõe reconstruir o seu conceito a partir da jurisprudência constitucional.

O exame do conceito de simetria constitucional se deu em uma perspectiva, qual seja, a de avaliar qualitativamente os fundamentos utilizados pela Corte a fim de conceituá-lo.

O principal objetivo de tal perquirição está na obtenção do posicionamento do referido órgão em relação ao princípio da simetria constitucional quando em confronto a reprodução de normas e a autonomia para legislar dos Estados. Com base na conceituação abstraída das decisões do STF, será possível saber se a Corte se posiciona: (1) no sentido da irrestrita reprodução do que dispõe a Carta Brasileira; ou se (2) no sentido do exercício da autonomia dos Estados Membros em detrimento da obrigatória reprodução de normas constitucionalmente pré-estabelecidas.

O estudo das decisões selecionadas se deu por meio de pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se os termos de pesquisa “princípio” e “simetria”, o que resultou num total de 115 (cento e quinze) decisões, sendo 1 (uma) delas considerada como “repercussão geral” pelo STF.

Destaca-se que a atualização das decisões findou no dia 29 de fevereiro de 2015, termo final da pesquisa, ao passo que o termo inicial foi a promulgação da Constituição Federal vigente desde 05 de outubro de 1988. Afora isso, pontua-se que foram analisados tanto os acórdãos quanto as decisões monocráticas, pois ambas, de diferentes medidas, representam o entendimento da Corte a respeito do tema em estudo. Desta maneira, do total de decisões pesquisadas, somente 85 (oitenta e cinco) decisões foram selecionadas. As outras 30 (trinta) decisões foram excluídas em razão de nada guardarem relação para com o objeto deste estudo.

Assim sendo, consideradas as decisões filtradas e avaliando os fundamentos utilizados pelo STF quando este se ampara no princípio da simetria, percebe-se que a atuação do STF quanto ao tema vem acompanhada de um desejo de prudência, pois a Corte, ao preterir a autonomia dos Estados Membros em favor do princípio da simetria, parece pretender evitar que arranjos institucionais desprovidos de qualquer razoabilidade possam ser praticados por parte dos estados e municípios. Porém, o STF, ao agir assim, acaba por impedir que a forma federativa do Estado Brasileiro tenha garantido uma de suas funções primordiais, qual seja a de permitir que as experiências inovadoras venham a ser exercidas nos governos locais, bem como, se bem-sucedidas, passem a ser vistas como modelo a ser adotado pelas instituições nacionais (SOUSA NETO, SARMENTO, 2012, p. 334).

Exatamente em razão disso é que Leonardo Marins (2009, p. 691) se posiciona no sentido da releitura do princípio da simetria de modo que envolva a realização de uma interpretação do federalismo brasileiro que ressalte a necessária liberdade de criação do poder constituinte dos entes federados, bem como assegure a manutenção e a existência prática de criatividade e desenvolvimento equânimes dos Estados Membros. Portanto, o ideal seria garantir que os Estados Membros possam agir com certa discricionariedade e com certa margem de liberdade

normativa, sem que isto signifique prejuízo à união indissolúvel constitucionalmente pré-concebida (MARINS, 2009, p. 690).

Contudo, para que tal finalidade seja alcançada, precisa-se delinear um conceito de simetria para que, então, se possam aferir ingerências deste princípio no âmbito da construção normativa dos Estados Membros, assim como apontar a consequente conclusão no que diz respeito à violação, ou não, do exercício de sua autonomia.

A partir da pesquisa realizada pode-se afirmar que não há uma aplicação retilínea do princípio da simetria no STF. Neste sentido, também entende o professor Léo Ferreira Leoncy (2011, p. 149-150). Segundo ele, pode parecer ser uma tarefa impossível ou, no mínimo, desafiadora ter conhecimento, na prática, do que verdadeiramente motivou o STF a decidir desta ou daquela forma quando se trata de compreender suas decisões com fundamento no princípio da simetria.

Contudo, é possível, desde a interpretação das decisões coletadas, construir um conceito de simetria constitucional conforme a Corte nas hipóteses de sua incidência, considerando as premissas recorrentes.

Do voto proferido na ADI 2.872/PI pelo Ministro Menezes Direito, tem-se que adotar o princípio da simetria, limitando o exercício da autonomia dos Estados Membros, somente nas hipóteses em que as matérias veiculadas ataque algum princípio considerado sensível ou mesmo a organização do Estado nacional. Além do mais, a liberdade dos Estados Membros para com o exercício de sua autonomia deverá ser garantida, exceto nas hipóteses sobre as quais se configure uma violação ao direito público vinculado, principalmente a realização de algum ideal social, ou mesmo, a de uma organização estatal (BRASIL, 2011).

Posteriormente, por ocasião do voto proferido pelo Ministro Mauricio Corrêa na ADI 738-6/GO, recorta-se que a observância pelos Estados Membros para com este princípio deve ser dada, sobretudo, quando o tema se referir a matérias que digam respeito a direitos e garantias individuais dos cidadãos (BRASIL, 2002).

Por último, na ocasião da Medida Cautelar em ADI nº 4298/TO, o Ministro Cezar Peluso destaca-se o princípio da simetria como uma "construção pretoriana tendente a garantir, quanto aos aspectos reputados substanciais, homogeneidade na disciplina normativa da separação, independência e harmonia dos poderes, nos três planos federativos" (BRASIL, 2009).

Com base nisso, pode-se concluir que o princípio da simetria deve ser adotado para limitar a autonomia dos Estados Membros, a fim de que estes últimos observem, no âmbito local, o que foi estabelecido para o âmbito federal, principalmente quando se quer garantir aspectos substanciais da República Federativa Brasileira, como, por exemplo, matérias referentes a direitos e garantias individuais dos cidadãos, ao princípio da separação, harmonização e independência dos poderes, bem como para o respeito de princípios sensíveis e da organização do Estado.

2. A AUTONOMIA DOS ESTADOS MEMBROS COMO CARACTERÍSTICA DO FEDERALISMO, COM ÊNFASE AO PODER DE AUTO-ORGANIZAÇÃO DOS ENTES FEDERADOS

O Estado Federal é apenas uma das formas de "distribuição geográfica de poder político" em razão de um determinado espaço territorial, uma vez que, além desta, ainda existem as formas unitárias, regionais e confederativas (FERNANDES, 2011, p. 586).

Em síntese, o Estado Unitário, por exemplo, se apresenta basicamente de três modos. No primeiro, denominado de Estado puro, o poder político se encontra concentrado em torno de apenas um órgão, ou seja, as decisões politicas e administrativas são direcionadas por somente um só órgão. Já o Estado unitário descentralizado administrativo é aquele onde o polo central transfere algumas atividades de serviços ou encargos a pessoas descentralizadas. Por fim, o Estado unitário descentralizado administrativo e politicamente é aquele modo mais comum nos dias de hoje, em especial na Europa, e consiste na tomada de decisões pelo polo central de modo compartilhado com o povo, com aqueles que as executam

perante o comando central. Em decorrência deste modelo surge o Estado Regional e Autonômico como intermediário do Estado Unitário e do Estado Federal, tendo, para tanto, a pretensão de renovar as estruturas estatais a fim de que seja ampliado o grau de descentralização política (BULOS, 2014, p. 924).

A Confederação, por seu turno, se caracteriza como uma união de entes soberanos[138], regidos por um tratado e que se baseiam em semelhante política de seguranças externa e interna. Assim sendo, a lógica da Confederação se resume exatamente na soberania de todos os que a compõe (BULOS, 2014, p. 924). Todavia, o modelo da Confederação incidia em equívoco ao buscar conciliar objetivos inconciliáveis em um primeiro ponto de vista. A Confederação Americana, como exemplo, muitas vezes objetivava conciliar vontades soberanas que indubitavelmente não eram nada convergentes entre si e que acabavam por direcionar para uma não execução das questões que envolvessem a União, bem como mitigava a forma confederativa a um papel cada vez mais irrisório e reducionista (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 96).

Assim sendo, a intenção de um modelo federal passa a tomar fortes impulsos ao ponto de se sobrepor frente aos demais, e a razão para tanto estaria no enfraquecimento da lógica da Confederação, assim como a verificação da necessidade de uma descentralização do poder político frente à conjuntura dos demais entes que compusessem o Estado, desde que isso em nada comprometesse o conjunto e a união.

O Estado Federal se caracteriza como a forma de Estado em que a repartição geográfica do poder político se dá entre um ente dotado de soberania e outros dotados de autonomia, ou seja, é o modelo que se ocupa em viabilizar as autonomias constitucional, legislativa, administrativa, democrática e judicial dos entes federados em maior proporção (BARACHO, 1986, p. 315).

Sobre este modelo de Estado, Antônio de Castro Assumpção diz que:

---

[138] A compreensão de ente soberano deve ser delineada como aquela que "não pode jamais se obrigar, mesmo para com outrem, a nada que derrogue esse ato primitivo, como alienar qualquer porção de si mesmo ou submeter-se a outro soberano" (ROUSSEAU, 1999, p. 29-30). Desta maneira, um ente soberano é aquele que não possui regulamentações ditadas por nenhum mais outro ente, nem mesmo por outro que da mesma soberania possa vir a ser dotado

Estado federal, a rigor, é só aquele cujo poder, em suas manifestações e nos termo de Constituição escrita, necessariamente se desdobra no poder central, ao qual, correspondendo à coletividade pública total (União), é atribuída uma certa superioridade, e em poderes locais, correspondentes a coletividades públicas parciais naquela compreendidas (coletividades federadas), e que, desfrutando de maior ou menor autonomia constitucional e administrativa, participam ainda, direta ou indiretamente, não só da atividade legislativa do poder central, como também, em concurso com a coletividade pública total, e de um modo decisivo, das reformas da referida Constituição, ao menos no que possam afetar-lhes as regalias na mesma reconhecidas (ASSUMPÇÃO, 1963, p. 59).

Contudo, apesar do seu fortalecimento, questionamentos não deixaram de ser levantados, principalmente quanto à possibilidade de conciliação da soberania do Estado federal com o exercício da autonomia reservado aos entes, uma vez que a soberania se pauta no caráter da indivisibilidade. Por conta disso que a descentralização política ocasionada pelo federalismo é considerada como uma ficção, tendo em vista que o que ocorre de fato não é uma "distribuição territorial do poder político, com a coexistência de esferas de governo, com competências definidas, possibilitando coordenação e independência", mas uma convergência centralizadora em torno do ente soberano (BARACHO, 1986, p. 20-1). Porém, para evitar esta forte convergência, é necessário fortalecer a atuação do Senado Federal na atividade legislativa da União, pois só assim estaria garantido um maior equilíbrio entre a autonomia dos Estados Membros e a tendência de centralização da União (ASSUMPÇÃO, 1963, p. 31).

Cumpre asseverar que o federalismo não necessariamente anda junto com a democracia. Não é verdade que ao mesmo tempo em que proporciona descentralização, o federalismo proporciona maior exercício democrático. Na verdade, o que acontece é um direcionamento para a democratização da gestão do poder, mas isso não é um consectário lógico (ARAÚJO, 2010, p. 522). A justificativa se encontra no fato de que o cerne da questão depende não da estruturação do poder em si, mas da maneira com a qual este poder está sendo gerido, uma vez que, da mesma forma em que o fortalecimento do poder local proporciona o abrandamento do poder central, ele

também pode vir a ocasionar maior utilização de práticas não democráticas (ARAÚJO, 2010, p. 521). A verdade é que o federalismo privilegia a descentralização política e, ao fazer isso, permite a autodeterminação do poder local, consagrando, assim, uma intenção de "unidade na diversidade" (ARAÚJO, 2010, p. 525).

Não obstante, destacam-se substanciais diferenças existentes entre o Estado Federal e os demais modelos de Estado. Por exemplo, o Estado Regional e Autonômico apesar de detentor de uma descentralização que os distanciam do Estado Unitário, também possuem características que os fazem distanciar do Estado Federal, uma vez que naquele não há a exigência de participação do poder central quando do exercício legislativo pelo poder constituinte do Estado Membro, ou seja, não há interferência do poder central, entretanto, o mesmo não acontece na realidade das Regiões ou Comunidades do Estado Regional ou Autonômico, tendo em vista que estes não exercem o poder constituinte decorrente, pois os Estatutos, para serem vigentes, necessitam da participação do poder central (ARAÚJO, 2010, p. 528-9).

Todavia, dentre os modelos de Estado, as diferenças mais destacáveis se encontram quando são comparados modelos como o Federal e o Confederativo.

Primeiramente, o Estado Federal se origina e se consolida por meio de um documento constitucional, enquanto que assim não acontece com a Confederação. Esta surge através de um acordo, de um tratado estabelecido entre todos os entes confederados, e cada ente é dotado de soberania (FERNANDES, 2011, p. 589). Segundo, ao Estado Federal não é permitido o direito de secessão, isto é, o direito de determinado ente se esvair do vínculo federativo no qual venha a estar inserido. Isto, enquanto princípio-chave do federalismo, é denominado princípio da indissolubilidade do vínculo federativo (BULOS, 2014, p. 925). Terceiro, tem-se ainda o fato de existir no Estado Federal uma Corte Suprema responsável por dirimir eventuais conflitos que venham ocorrer entre os entes, enquanto que, na Confederação, essa característica não está presente, haja vista o fato de ser formada por entes soberanos e que, portanto, além de possuírem sua própria Constituição, possuem também um Poder Judiciário próprio para solucionar os conflitos que se estabelecerem internamente (FERNANDES, 2011, p. 590).

Outra questão costumeiramente levantada é quanto ao fato da descentralização ser uma prerrogativa exclusiva do Estado Federal, razão pela qual acabaria por ser a principal diferença entre o Estado Federal e os demais Estados descentralizados (ARAÚJO, 2010, p. 525).

Todavia, destaca-se que a descentralização não consiste em prerrogativa somente do Estado Federal. A respeito disto, Marcelo Labanca assim conclui:

> [...] nota-se que a descentralização pode não ser a maneira mais eficaz para a caracterização do Estado Federal, visto que outros Estados podem repassar suas atribuições centrais para os entes territoriais autônomos, conferindo-lhes inclusive a competência legislativa (ARAÚJO, 2010, p. 532).

No Estado Unitário, por exemplo, observam-se três configurações, quais sejam: a do Estado Unitário simples; a do Estado Unitário desconcentrado; e a do Estado Unitário descentralizado. Nesta última configuração, verifica-se a existência de entes territoriais dotados de autonomia para o exercício de determinada competência, entretanto, ainda que presente uma descentralização, esta só se dá quanto às atividades administrativas. Portanto, a respeito da descentralização, observa-se que o Estado Unitário possui essa característica quanto às atividades administrativas, diferenciando-se do Estado Federal apenas quanto às atividades legislativas (ARAÚJO, 2010, p. 527).

No entanto, ainda assim percebe-se que as características do modelo Federal em muito se difere do modelo confederativo de Estado. A principal se encontra na forma sobre a qual os entes envolvidos se relacionam entre si, pois enquanto na Confederação há um pé de igualdade entre todos os entes, no que diz respeito a não existência de limitações, na Federação não. Na Federação preexistem entes que possuem sua importante parcela de contribuição para a construção do Estado, entretanto, não sendo esvaído de determinadas restrições.

No Brasil, o federalismo é caracterizado como centrifugo e a razão para tanto está na origem histórica de como o modelo federal de Estado passou a ser adotado no país e do modelo por qual ele acabou perpassando (FERNANDES, 2011, p. 223). O Brasil, de acordo com a Constituição de 1824, era um Estado Unitário e, portanto, altamente centralizador. Contudo, com a proclamação da

República, o Estado brasileiro passou a adotar a forma federalista. Desta maneira, observa-se que a federação brasileira nasceu por meio de segregação, formando-se de “dentro pra fora”, ou seja, embora tivesse sido um Estado unitário, acabou se descentralizando para formar unidades federadas dotadas de autonomia (BULOS, 2014, p. 924-5). No entanto, essa origem centrífuga acabou encaminhando para um federalismo altamente centralizado, com inúmeras competências em favor da União, sendo então “um federalismo de cunho eminentemente centrípeto quanto à concentração de poder” (FERNANDES, 2011, p. 592). Neste sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho (1986, p. 24) afirma que “a ampliação da competência dos órgãos centrais, isto é, da federação, diminui a competência dos Estados Membros, ocasionando maior centralização”.

É por conta deste paradoxo que cada vez mais vem sendo fortalecida a ideia de um federalismo equilibrado, isto é, um federalismo que não seja exacerbadamente centralizado nem tampouco descentralizado, mas contrabalançado, sendo um intermédio dentre as duas extremidades. Nesse aspecto é que o constituinte federal brasileiro procurou saber se as atividades dos poderes federais não viriam a impedir a engenhosidade legislativa dos respectivos poderes estaduais (HORTA, 2010, p. 281-2).

No mais, a previsão constitucional de repartição de competências, bem como a participação dos Estados Membros na vontade geral, é característica essencial para a configuração do Estado Federal (BARACHO, 1986, p. 24-5).

Segundo Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 830-1), a previsão constitucional da repartição de competências entre os entes do federalismo é para que sejam adotados mecanismos que favoreçam a eficácia da ação estatal, evitando assim conflitos e desperdícios de esforço e recurso, enquanto que a autonomia dos Estados Membros pressupõe a participação e a voz ativa dos mesmos na formação da vontade da União em um ambiente próprio para isso (no caso, o Senado Federal).

Deve-se prontificar esta autonomia dos Estados Membros como um elemento essencial para a configuração do Estado Federal, uma vez que nos outros modelos coisa igual não se é prevista (HORTA, 2010, p. 329). Na Confederação, por

exemplo, não há o exercício da autonomia, mas sim da soberania propriamente dita. No Estado Unitário, existe a participação desvinculada do polo central emanador de normas, entretanto ela apenas se dá quanto ao aspecto das competências administrativas, excluindo-se as legislativas. Portanto, a dotação de autonomia aos Estados Membros, para que estes exerçam atividade participativa direta, acaba sendo uma peculiaridade não só própria, mas, principalmente, de importância para um Estado de forma federal. Lembra-se, porém, que a mesma, apesar de essência do federalismo, não lhe é privativa (ASSUMPÇÃO, 1963, p. 38).

Assim sendo, a autonomia se revela como capacidade da qual determinados entes públicos são dotados para fins de expedição de normas que organizem, desenvolvam e preencham seu ordenamento jurídico próprio (HORTA, 2010, p. 332). Neste sentido, Antônio de Castro Assumpção (1963, p. 34) afirma que a autonomia deve ser considerada como uma "faculdade reconhecida a uma coletividade pública subordinada, de organizar, dentro de certos limites, o seu governo, para a administração do que respeite aos seus peculiares interesses".

O exercício desta autonomia, por sua vez, pressupõe o desenvolvimento de quatro diferentes capacidades, quais sejam a da auto-organização, a autolegislação, a autoadministração e o autogoverno (BULOS, 2014, p. 934).

A capacidade de autogoverno é aquela que confere ao Estado Membro o poder de organizar o seu próprio governo por meio de eleição de seus correspondentes representantes, quer sejam eles do âmbito Executivo ou Legislativo. De outra sorte, a autoadministração se caracteriza como a capacidade de gerenciamento próprios dos negócios que a si digam respeito, ou seja, a capacidade de exercício de competências administrativas, legislativas e tributárias, consoante dispositivo legal da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, a capacidade de autolegislação consiste na possibilidade que os Estados Membros possuem de criar as suas próprias leis a um âmbito territorial correspondente e delimitado. E, por último, a capacidade de auto-organização consiste no poder de o Estado Membro instituir sua própria Constituição (BULOS, 2014, p. 934).

Apesar disso, o exercício da auto-organização e da autolegislação não se dá de maneira desregrada, tendo em vista que o artigo 25, §1º da Constituição

Federal determina a observância dos princípios desta Constituição prefixados no âmbito federal. O dever de observância, contudo, não deve ser entendido como uma obrigação de cópia, ou reprodução do modelo federal pelo constituinte estadual (IVO, 1997, p. 141).

Portanto, tem-se que o exercício do poder de organização dos Estados Membros não está alheio a limites, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 adota a natureza limitada e não soberana da competência autônoma, isto é, a mesma condiciona o livre exercício da autonomia dos Estados Membros aos seus princípios (HORTA, 2010, p. 298). Os Estados Membros são passiveis de limitações previstas no texto constitucional federal, pois a atribuição dada aos mesmos foi de autonomia, razão pela qual se pressupõe o estabelecimento de limites a fim de que não haja dissonância em face da organização federativa prevista constitucionalmente.

Porém, as limitações impostas aos Estados Membros para o exercício de sua auto-organização podem reduzir desproporcionalmente a atuação daqueles, o que tende a fazer das Constituições Estaduais um simples texto normativo de reprodução do que já estabelece a Constituição Federal (ASSUMPÇÃO, 1963, p. 35). Por conta disso, deve-se cuidar para que os limites postos para evitar o comprometimento da unidade do Estado Federal no plano interno não acabem por esvaziar a autonomia dos entes estatais ferindo de vez a organização federativa estabelecida no Brasil[139] (ALMEIDA, 1987, p. 176). A fixação de limites é legítima, ao contrario de o esvaziamento da autonomia que não é.

3. DOS LIMITES AO EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE

A compreensão do poder de auto-organização dos Estados importa algumas considerações sobre o designado poder constituinte.

[139] Fernanda Dias de Almeida (1987, p. 177) destaca que este risco é maior nas Federações formadas por segregação, como no caso do Brasil, se comparadas às Federações formadas por agregação, pois o processo de descentralização dos primeiros de Estados unitários para unidades autônomas acaba por fortalecer a União em detrimento da autonomia estadual

O Poder constituinte é concebido decorrente quando se trata daquele conferido aos próprios Estados Membros para o exercício de sua auto-organização, ou seja, para a elaboração de sua Constituição, enquanto que se chama derivado aquele que diz com o poder de revisão constitucional ou de reforma, que se volta a assegurar a adaptação da Constituição a novas circunstâncias sociopolíticas (MELO, 2008, p. 32-3).

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz (1979, *apud*, ALMEIDA, 1987, p. 176), a este poder decorrente conferido aos Estados Membros não deve ser negado o caráter de constituinte, pois muito embora “seja um poder de direito posto pela Constituição Federal, sua função é de caráter nitidamente constituinte, partícipe que é da obra do Poder Constituinte originário que, sem a sua cooperação, não cumpriria o desígnio de instituir um Estado do tipo federal”. Além disso, deve-se admitir que a Constituição do Estado Membro editada pelo poder constituinte decorrente possui o caráter de inicialidade e supremacia, pois, quanto ao ordenamento jurídico referente ao âmbito interno do próprio Estado, também serve como fundamento de validade das leis e atos normativos estaduais (ALMEIDA, 1987, p. 176).

Deve-se destacar que os limites à auto-organização e, consequentemente, ao exercício do poder constituinte decorrente se materializam nas denominadas normas de observância obrigatória. A Constituição Federal, por meio delas, delimita abstratamente como deve ser o exercício do poder constituinte estadual. Tais normas são consagradas de maneira expressa, implícita e por meio de um mandamento ou mesmo por uma vedação (LEONCY, 2007, p. 15).

As normas expressas são aquelas que o constituinte federal já as apresenta claramente como delimitadoras do exercício autônomo do ente estadual. Por sua vez, as normas implícitas, não obstante todo questionamento a respeito de sua constitucionalidade, são aquelas nas quais não há a disposição expressa enquanto norma limitadora do exercício da autonomia dos entes estaduais, mas há uma presunção lógica e indireta do seu caráter limitador. A título de exemplo, as normas de repartição de competências acabam por limitar, implicitamente, aquilo que o Estado Membro pode, ou não, vir a legislar (LEONCY, 2007, p. 15-6).

Por outro lado, têm-se ainda as normas mandatórias e vedatórias. A primeira implica a imposição de tarefa por parte dos Estados Membros, enquanto que a segunda consiste na proibição de uma conduta que este ente poderá vir a tomar. Assim sendo, ambas determinam o afastamento do exercício da autonomia dos Estados Membros (LEONCY, 2007, p. 17-8).

O conteúdo das normas de observância obrigatória pode ser agrupado em classificações distintas. José Afonso da Silva (2012, p. 611), por exemplo, diz que as normas limitadoras são aquelas que firmam os princípios constitucionais sensíveis e os princípios constitucionais estabelecidos. Por sua vez, Leoncy (2007, p. 14) distingue quatro tipos normativos, quais sejam: os princípios sensíveis, as normas de pré-ordenação institucional, os princípios estabelecidos e as normas extensíveis (LEONCY, 2007, p. 14).

Os princípios sensíveis são aqueles que significam o que de mais essencial tem na organização constitucional do Estado brasileiro, e que, portanto, uma vez sendo desrespeitados pelos Estados Membros, justificam a ocorrência da intervenção federal (SILVA, 2011, p. 612).

Por outro lado, os princípios estabelecidos são observados quando a Constituição Federal já previamente revela e ordena a atividade do poder constituinte decorrente, fazendo isso, por exemplo, na medida em que estabelece o regime normativo que tem que ser adotado em determinadas matérias, vinculando a disciplina a ser eventualmente positivada na Constituição Estadual do respectivo Estado Membro. (LEONCY, 2007, p. 25).

As normas de pré-ordenação institucional, por sua vez, são aquelas na qual o texto constitucional federal já revela antecipadamente a matéria sobre a qual o texto constitucional do Estado Membro terá que versar para a sua respectiva organização institucional. Como exemplo de tais normas, têm-se as que se referem ao sistema de eleição nos Estados ou as imunidades dos parlamentares (ARAÚJO, 2010, p. 541).

Segundo Léo Ferreira Leoncy (2007, p. 23-5), as normas ou princípios extensíveis são um conjunto de preceitos organizacionais da União

constitucionalmente previstos, que teriam aplicação estendida aos Estados. Para José Afonso da Silva (2011, p. 611), estas normas se encontram praticamente eliminadas do atual ordenamento constitucional em vigência, uma vez que a Constituição atual buscou prestigiar bem mais o federalismo em sobreposição a regras que já viessem a ser aplicadas pelos Estados Membros. Todavia, mesmo com a sua escassez no corpo normativo atual, deve-se lembrar que muitos dispositivos da Constituição Federal, principalmente aqueles voltados para o âmbito organizacional da União, ainda são aplicáveis aos Estados Membros, muito embora não seja fácil a tarefa de indicação e descoberta (LEONCY, 2007, p. 24).

Exatamente pela dificuldade de indicação destas normas que outro problema surge, qual seja a da real delineação do que de fato deve ser estendido aos Estados Membros sem que isso acabe por esvaziar o exercício de sua autonomia. Por conta disso, Marcelo Labanca Corrêa de Araújo (2010, p. 542) pontua que o princípio da simetria em nada tem relação com as normas de pré-ordenação, os princípios estabelecidos ou mesmo os princípios sensíveis. Ao contrário, dizem respeito àquelas normas que são extensamente interpretadas e aplicadas aos Estados Membros.

Na Constituição Federal podem ser identificadas normas condicionantes do exercício da autonomia dos Estados Membro, como, por exemplo, aquelas que se encontram dispostas no Título I ou, como corriqueiramente são conhecidos, os princípios fundamentais (IVO, 1997, p. 148). As demais normas, que são prescritas na Constituição Federal Brasileira e, por sua vez, servem de limite para o poder constituinte estadual, se originam logicamente destes princípios fundamentais. As normas condicionadoras da autonomia legislativa estadual decorrem seja do princípio republicano ali disposto, seja do federalismo, da isonomia, da separação dos poderes, do Estado Democrático de Direito ou mesmo dos princípios fundamentais previstos no decorrer do artigo 3º da Constituição Federal. Assim, “todos os limites à competência criadora da Constituição Estadual brotam direta ou indiretamente dos princípios fundamentais prescritos no Título I da Constituição Federal, que terminam por desenhar a competência” (IVO, 1997, p. 160).

Destaca-se ainda o fato de que ao poder constituinte decorrente, além das limitações materiais e especialmente no que se refere ao intuito de compatibilizar o arranjo institucional dos Estados Membros aos denominados princípios da União, também são direcionadas limitações formais, como a de ser criada, por exemplo, por autoridade competente mediante procedimento legislativo competente (MELO, 2008, p. 34). Assim sendo, a Constituição do Estado Membro deverá ser elaborada pela sua respectiva Assembleia Legislativa, cujos componentes foram eleitos para exercer mandato correspondente. Por fim, o quórum para a aprovação da respectiva Constituição Estadual deve ser especial, portanto diferente do quórum de aprovação de lei ordinária. A participação do Executivo está dispensada e na promulgação deve ser observado o prazo sobre o qual o artigo 11 do ADCT dispõe.

4. Análise comparativa da Constituição do Estado do Maranhão com a Constituição Federal: os dispositivos autônomos e a aplicação da simetria constitucional

Segundo Marcelo Labanca Corrêa de Araújo (2009, p. 26), na realidade brasileira há uma exacerbada padronização dos textos constitucionais estaduais, tendo em vista o excessivo delineamento imposto pela Constituição Federal ao exercício da auto-organização dos Estados Membros. No mais, há quem conclua que poucas Constituições Estaduais de fato tratam sobre questões que lhe são tipicamente peculiares, excepcionando de tal afirmação àquelas matérias que guardam relação com o meio ambiente e a proteção do ecossistema (MARINS, 2009, p. 701).

A Constituição do Estado do Maranhão é composta de 276 artigos em seu corpo e 53 artigos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Para os fins deste estudo, tomou-se em conta o corpo da Constituição Estadual e desconsiderou-se o ADCT dado o seu caráter precário (BULOS, 2014, p. 1661-2).

A comparação entre as Constituições Federal e Estadual resultou na criação de 8 (oito) categorias de normas, quais sejam: 1 - normas de remissão; 2 – normas que repetem integralmente com identidade redacional; 3 – normas que repetem integralmente sem identidade redacional; 4 – normas que adaptam ao cenário estadual sem alteração substancial; 5 – normas que adaptam ao cenário

estadual alterando substancialmente o texto original por inclusão; 6 – normas que adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por supressão; 7 – normas que adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por mudança de termos; e 8 - normas sem correlação na Constituição Federal (Apêndice B).

Figura 1 – Fluxograma das categorias de normas extraídas da comparação da Constituição do Estado do Maranhão com a Constituição Federal

Fonte: Autoria própria

Na categoria normas de remissão encontram-se somente aqueles dispositivos da Constituição do Estado do Maranhão que apenas remetem à disposição da Constituição Federal a respeito de determinado assunto. Como exemplo de normas remissivas na Constituição Estadual do Maranhão, tem-se o artigo 90 que dispõe: “a competência, composição e processo dos Juizados Especiais de Pequenas Causas serão determinadas na Lei de Organização Judiciária, observado o disposto nos arts. 24, X e 98, I, da Constituição Federal”.

Por conseguinte, a categoria das normas que se repetem foi dividida em duas subespécies. Na primeira, figuram as normas que se repetem com identidade

redacional, ou seja, aquelas em que o inteiro teor previsto no texto constitucional estadual não passa de cópia literal do que já dispõe a Constituição Federal a respeito do mesmo assunto. Na segunda, por sua vez, foram colocadas aquelas normas que se repetem sem identidade redacional, isto é, o conteúdo da norma estadual é a mesma da norma da Constituição Federal, apesar de literalmente não o ser.

Como exemplo de normas alocadas nestas duas categorias, quais sejam normas que repetem integralmente com identidade redacional e normas que repetem integralmente sem identidade redacional, tem-se o artigo 99 e o artigo 252, *caput*, da Constituição Estadual do Maranhão que se assemelham, respectivamente, com e sem identidade redacional, ao §3º do art. 129 e o art. 227, *caput*, da Constituição Federal.

Outra categoria estabelecida foi a de normas que adaptam ao cenário estadual sem alteração substancial. Nesta categoria foram colocadas todas aquelas normas da Constituição do Estado do Maranhão que não realizam nenhuma alteração substancial frente ao que a Constituição Federal dispõe, mas apenas adaptam a mesma para a respectiva realidade local.

Como exemplo, tem-se o artigo 41, *caput* e incisos I, II e III e §1º, §2º e §3º da Constituição do Estado do Maranhão. Nesse exemplo, há a normatização de quem pode propor emenda à Constituição de uma maneira adaptável ao âmbito estadual, mas nada diferente do que já dispôs o artigo 60 e seus respectivos incisos e parágrafos da Constituição Federal[140].

No mais, estabeleceu-se ainda a categoria das normas que adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original seja por inclusão, supressão ou por mudança de termos.

---

[140] Deve-se pontuar que, por vezes, durante a realização da referida categorização, pôde-se encontrar um conflito sobre em qual categoria colocar determinada norma da Constituição do Estado do Maranhão. Este conflito se dera, principalmente, entre duas categorias em especial, quais sejam, entre as normas que se repetem com identidade redacional e as normas que se adaptam: ajusta ao cenário estadual sem alteração substancial. No entanto, estabeleceu-se que toda vez que uma norma do texto constitucional do Estado do Maranhão pudesse ser alocada nestas duas categorias iria se preferir a categorização desta norma na categoria das normas que se adaptam por ajuste ao cenário estadual sem alteração substancial. Observa-se como exemplo o art. 12 inciso I alínea a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k, l e inciso II alínea a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k, l, m, n, o, p, §1, §2 da Constituição do Estado do Maranhão. A justificativa para esta escolha está no princípio da especialidade, tendo em vista que uma norma do texto constitucional de um Estado Membro deve, originalmente, se ater as suas peculiaridades e, uma vez assim fazendo, mesmo que seja sem qualquer substancial alteração, não há porque se considerar como de cópia integral sem alteração redacional, haja vista o fato de ter ocorrido sim uma alteração, mesmo que ínfima, que foi a de adaptar a realidade local do Estado Membro de determinada norma já prevista na Constituição Federal ao âmbito nacional.

No primeiro caso, isto é, nas denominadas normas que adaptam: ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por inclusão, o inciso IV do artigo 81 serve como exemplo, uma vez que a Constituição do Estado do Maranhão inclui membros das “Procuradorias Gerais do Estado, da Assembleia Legislativa e da Defensoria Pública e os Delegados de Polícia” a serem processados e julgados, originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, pelo Tribunal de Justiça, sendo que a Constituição Federal, em seu inciso III do artigo 96, apenas concede essa possibilidade aos juízes estaduais, do Distrito Federal e Territórios e aos membros do Ministério Público.

O segundo caso é formado pelas normas que adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por supressão. Nesse caso, o artigo 124, inciso III da Constituição do Estado serve como exemplo, tendo em vista que não há a previsão da outra modalidade de cobrar tributos, que, por sua vez, existe na Constituição Federal, qual seja, a do artigo 150, inciso III, alínea c: “antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b”.

Por último, o terceiro caso diz respeito àquelas normas que se adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por mudança de termos. Esta categoria diz respeito àqueles casos na qual a norma da Constituição do Estado troca termos, isto é, deixa de usar parte da redação da Constituição Federal e emprega outra afinada ao contexto local. Quanto a este caso, serve como exemplo o §3º do artigo 29 da Constituição Estadual, uma vez que permite a reeleição daqueles que já exerceram o mandato de dois anos na Mesa Diretora da Assembleia Legislativa, enquanto que o §4 do art. 57 da Constituição Federal veda a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente seguinte para a Mesa Diretora.

Necessita-se esclarecer que se utilizou o termo “substancialmente” nestas últimas quatro categorias, mas isso em nada tem correlação com a necessidade da existência de um significativo impacto social decorrente da mudança no conteúdo da norma. Trata-se, exclusivamente, de uma mudança no conteúdo da norma, independentemente de sua extensão e efeitos.

Por fim, tem-se a categoria das normas sem correlação na Constituição Federal. Nessa categoria, estão alocadas todas aquelas normas da Constituição do Estado que não possuem qualquer correlação normativa no âmbito federal.

As Seções II e III do Capítulo IV da Constituição do Estado do Maranhão denominadas, respectivamente, em “Da Política Agrícola e Agrária” e “Da Política Pesqueira” servem como exemplo, pois se observa, nestes casos, que os dispositivos ali previstos não guardam qualquer correspondência direta com a Constituição Federal, tendo em vista que o conteúdo referente àquelas questões diz respeito apenas ao Estado.

Observou-se, por conseguinte, que uma categoria prevalece em detrimento da outra.

No Título I e II da Constituição do Estado do Maranhão, isto é, aqueles que respectivamente dizem respeito às “disposições preliminares” e aos “direitos e garantias fundamentais”, percebe-se uma predominância da categoria das normas que adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por inclusão.

De outra sorte, no Título III, denominado “Da Organização do Estado”, percebe-se uma predominância de normas da Constituição do Estado que se alinham à categoria das normas que adaptam ao cenário estadual sem alteração substancial. Igual predominância há no Título IV denominado “Dos Poderes do Estado”.

Já na parte da Constituição do Estado que trata sobre a tributação e o orçamento, Título VI, se percebe a predominância de normas que repetem integralmente com identidade redacional, uma vez que o Título, em si, não passa, em grande parte, de uma transcrição dos dispositivos da Constituição Federal (IVO, 1997, p. 214).

Porém, a categoria de normas que predomina internamente nos Títulos da Constituição do Maranhão é a categoria das normas sem correlação na Constituição Federal, as quais são encontradas nos Títulos V, VII, VIII e IX que,

respectivamente, dizem respeito à defesa do estado, à organização municipal, à ordem econômica e social e às disposições gerais e finais.

Enquanto as normas sem correlação na Constituição Federal são as que predominam na Constituição do Estado do Maranhão, se levado em conta os seus Títulos individualmente analisados, a categoria que, por sua vez, é predominante ao se analisar todo o texto constitucional estadual é a das normas que adaptam ao cenário estadual sem alteração substancial.

Feita essa análise, cabe, então, sinalizar, dentre as categorias instituídas, aquelas que demonstram o exercício da autonomia por parte do Estado Membro e aquelas que podem atestar o não exercício da autonomia. Para tanto, considerou-se que as normas inseridas nas seguintes categorias: 1 - normas de remissão; 2 - normas que repetem integralmente com identidade redacional; 3 – normas que repetem integralmente sem identidade redacional; e 4 - normas que adaptam ao cenário estadual sem alteração substancial são exemplos de normas, previstas no texto constitucional do Estado do Maranhão, que podem significar uma não concretização da premissa da autonomia. Diz-se que se trata de uma possibilidade, pois é preciso lembrar que o que caracteriza o esvaziamento da autonomia é a supressão da faculdade de editar normas de outras categorias. Assim, a existência, por si só, de normas dos tipos 1 a 4, é apenas um indício do dever de reprodução, mas não necessariamente a sua concretização. Por outro lado, há também as: 5 - normas que adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por inclusão; 6 – normas que adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por supressão; 7 – normas que adaptam ao cenário estadual alterando substancialmente o texto original por mudança de termos; e as 8 – normas sem correlação na Constituição Federal, nestas últimas, observa-se que há a presença do exercício da autonomia do Estado.

Gráfico 5: Categorias de normas predominantes na Constituição do Estado do Maranhão

Fonte: Autoria Própria

CONCLUSÃO

Conforme se vê, a Constituição do Maranhão é composta por uma maioria de dispositivos de caráter tendencialmente não autônomos. No mais, cumpre destacar que os temas que obrigam a simetria pelo Supremo Tribunal Federal são os que, no caso da Constituição Estadual do Maranhão, se encaixam como normas que tendencialmente não respeitam a auto-organização, razão pela qual se consubstancia mais ainda a ideia de que a Constituição do Estado do Maranhão não pode ser considerada como um modelo exímio da prática da autonomia.

Observa-se, desta maneira, que as normas centrais da Carta Federal acabam afetando a liberdade de criação e de exercício do poder constituinte decorrente, para além do condicionamento que é a premissa da autonomia, provocando, com isso, uma simplificação da atividade do constituinte estadual, que se torna mero exercício de transporte de normas da Constituição Federal para as Constituições dos Estados Membros (HORTA, 1988, p. 6).

No sentir de Horta, costuma haver uma prevalência das normas de reprodução em detrimento das normas de imitação. A principal diferença e reflexo

disso na autonomia dos Estados Membros está no fato de que as primeiras têm caráter obrigatório, levando, portanto, o constituinte estadual a adotar compulsoriamente o modelo da norma constitucional federal, enquanto que a norma de imitação traduz a adesão por vontade própria do constituinte do Estado Membro a uma determinada disposição do texto federal (HORTA, 1988, p. 6).

A reversão desse cenário passa por uma interpretação restritiva, especialmente quanto aos princípios federais extensíveis para o fim de que seja garantido o exercício da autonomia das unidades federadas. Com isso, fortalece-se a tese de que é necessário que os Estados Membros adotem padrões normativos próprios, voltados para a defesa de suas características culturais e socioeconômicas, solidificando ainda uma das virtudes pilares do federalismo, qual seja a de permitir uma diversificação na organização dos entes estaduais (ALMEIDA, 1987, p. 179-80).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **A constituição do estado federal e das unidades federadas**. 1987. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181809/000433660.pdf?sequence=1. Acesso em: 02 de fevereiro de 2015.

AMORIM, Rafael Botelho de Castro. **O princípio da simetria na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** 2010. Disponível em: http://documents.jdsupra.com/54b60c8f-db02-4ae8-bf97-4de33d1cb693.pdf. Acesso em: 19 de março de 2015.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **Jurisdição constitucional e federação:** o princípio da simetria na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Federalismo e princípio da simetria: entre unidade e diversidade. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Estado constitucional e organização do poder**. Saraiva, 2010.

ASSUMPÇÃO, Antônio de Castro. **Estado Federal**: Anotações Jurídico-Doutrinárias-Conceito. Rio de Janeiro: Laemmert, 1963.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. **DOU**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_02.12.2014/CON1988.pdf. Acesso em 09 de janeiro de 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 738 – GO, Relator Ministro Mauricio Corrêa, Tribunal Pleno, j. 13/11/2002. 2002.

_________. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.298 – TO, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 07/10/2009. 2009.

AUTONOMIA FINANCEIRA MUNICIPAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS A PARTIR DO FEDERALISMO COOPERATIVO

Maria Raquel Firmino Ramos

RESUMO:O Estado Democrático de Direito promulgado com a Constituição de 1988 ampliou consideravelmente o rol de direitos fundamentais em relação às Constituições anteriores. Estabeleceu o estado de bem estar social, incorporando os direitos prestacionais. Dentre estes, os direitos sociais ganham destaque, pois eles estão diretamente ligados à efetividade dos direitos individuais fundamentais. Muito mais do que belas promessas e títulos honoríficos para a Constituição vigente (como, por exemplo, o de Constituição-cidadã), devemos atribuir-lhe concretude. Os custos dos direitos sociais, portanto, ganha relevo quando tratamos de garantir a execução das políticas públicas que efetivam os direitos sociais. No Estado Federal, a descentralização de atribuições deve ser equivalente à distribuição de rendas capaz de financiá-las. Diante disso, o federalismo fiscal cooperativo desenhado na Lei Fundamental estabeleceu maneiras para equilibrar as receitas públicas dos três níveis de governo. Nesse contexto, os Municípios surgem como os entes mais frágeis da Federação brasileira, pois sofrem com a precariedade estrutural e com a falta de recursos. Considerado como o ente mais descentralizado, a municipalidade pode exercer fundamental papel nas sociedades democráticas, visto que sua proximidade com o cidadão e com os seus problemas cotidianos podem ser facilitadores no desenvolvimento e execução de políticas públicas e, consequentemente, na concretização de direitos sociais fundamentais. A crise federativa por qual passa o Brasil inibe a importância da municipalidade na persecução do Estado Democrático de Direito. Com base nesses pressupostos, o presente artigo pretende analisar, a partir do método dedutivo, como o Município se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro relacionando essas normas com o aspecto pragmático. Busca, por fim, apontar como a crise federativa brasileira atual está intimamente ligada à (in) efetividade dos direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo Fiscal Cooperativo; Município; Estado Federal; Direitos Sociais Fundamentais; Custos dos direitos sociais; Efetividade dos Direitos Sociais.

ABSTRACT:The right to democratic rule promulgated by the Constitution significantly expanded the list of fundamental rights in relation to the previous constitutions. He established the welfare state, incorporating the positive rights. Among these, social rights are highlighted as they are directly linked to the effectiveness of the fundamental individual rights. Much more than fine promises and honorary titles to the current Constitution (for example, the Constitution-citizen), we give it concrete. Social rights costs, therefore becomes important when we try to ensure the implementation of public policies to actualize social rights. In the federal state the decentralization of powers must be equivalent to income distribution able to fund them. Thus, the cooperative fiscal federalism drawn in the Constitucion established ways to balance public revenues of the three levels of government. In this context, the municipalities emerge as the weakest units of the Brazilian Federation, because suffer from structural instability and the lack of resources. Regarded as the most decentralized one, the municipality can play a key role in democratic societies, since its proximity to the citizen and his everyday problems can be facilitators in the development and implementation of public policies and hence in bringing about fundamental social rights . The federal crisis which spends Brazil inhibits the importance of the municipality in pursuing democratic state. Based on these assumptions, this article analyzes, from the deductive method, as the municipality is presented in Brazilian law relating these standards with the pragmatic aspect. Search, finally, point out how the current Brazilian federal crisis is closely linked to the (in) effectiveness of social rights.
KEYWORDS: Fiscal Federalism Cooperative ; County; Federal State; Fundamental Social Rights ; Social rights costs; Effectiveness of Social Rights

I INTRODUÇÃO

A finalidade do Estado é garantir o bem comum de seus cidadãos. Esse fim nunca esteve tão presente como nos Estados Modernos, sobretudo naqueles

que se comprometeram com a promoção dos direitos sociais. Nessa perspectiva, Democracia, Estado Social e Constituição estão intrinsecamente relacionados, pois servirão de vetor de todo o aparelhamento estatal prestacionista. O Estado Providência, definido como aquele garantidor do mínimo razoável para que os indivíduos exerçam os direitos de forma plena, apresenta-se a partir da prestação dos direitos sociais. Apesar do seu viés coletivo, esses direitos também receberam da doutrina e da jurisprudência o caráter de fundamentalidade, por que eles são indissociáveis da própria efetividade dos direitos liberais (igualdade, liberdade, fraternidade).

No Brasil, a Constituição de 1988 após grande período de Estado autoritário, dispôs sobre extensa lista de direitos e garantias individuais e sociais, vinculando o Estado, mediata ou imediatamente, a envidar esforços para promovê-los. Saúde, educação, seguridade social, trabalho, segurança, medidas para acabar com as desigualdades sociais, entre outros direitos sociais foram prescritos constitucionalmente. Ademais, o Diploma Fundamental estabeleceu o modelo Federal de Estado, composto por União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Com essa estrutura estatal, a promoção do Estado Providência será de competência de todos os entes, conforme definição constitucional. Dentre esses entes que compõem a Federação brasileira, o Município merece destaque, pois foi reconhecido como ente federado, situação incomum nos sistemas federativos até então existentes no mundo. Não somente por isso, mas por que a municipalidade ganha bastante relevo na atuação estatal, sobremaneira na efetividade de direitos sociais, quando perfaz o organismo estatal mais próximo do cidadão e, portanto, mais apto a gerir com melhor eficiência a coisa pública local.

O reconhecimento do Município como elemento estruturante do aparelhamento estatal pode ser observado não somente nos Estados Federais, como também nos Estados Unitários. Em Portugal, por seu modo, a Constituição garante a autonomia municipal como forma de melhor atendimento à gestão local. Essa autonomia apresenta-se, no contexto lusitano, como uma forma de descentralização do poder e efetivo exercício da Democracia. No Brasil, diferentemente de Portugal, a autonomia municipal é conferida diretamente da

Constituição, seja pela competência comum ou sobre os assuntos de interesse local. Isso permite que a municipalidade exerça plenamente suas atribuições constitucionais sem interveniência dos demais entes federados que poderá atuar no Município por meio da cooperação.

Discutir a promoção dos direitos sociais implica, necessariamente, falar de sua efetividade, visto que já não precisamos justifica-la no plano filosófico. Agora surge o debate no âmbito político e jurídico acerca de como efetivar direitos garantidos. Por sua vez, efetividade está atrelada à questão do financiamento desses direitos. Garantir direitos sem a respectiva fonte de financiamento é transformar a Lei Fundamental em mera expectativa de direitos ou em uma Constituição Simbólica. E não propriamente em uma Carta garantidora de direitos.

Com 27 anos de redemocratização, a partir da Constituição Federativa de 1988, não conseguimos alcançar o patamar de Estado Providência. Os direitos prestacionais são os que mais padecem ineficiência, precariedade e muitas inexistem. Esses direitos demandam do Estado forte empenho financeiro. No Estado Federal, a distribuição de tarefas constitucionais prestacionais (saúde, educação, segurança, seguridade social) deve ser acompanhada de respectiva fonte de receita. Nesse contexto, os Municípios podem ser considerados como entes paralisados diante da Federação. Com 5.670 entes municipais, a Federação brasileira demonstra forte concentração de receitas no âmbito da União, ao passo que os encargos sociais (direitos prestacionais) são descentralizados.

A situação da municipalidade brasileira se relaciona com os problemas enfrentados na promoção dos direitos sociais. Com as dificuldades de promover desenvolvimento econômico equânime em todo o território nacional, o que impede de os Municípios exercerem plenamente as suas competências tributárias, os repasses constitucionais recebem tratamento irresponsável por parte dos demais entes federados, seja pela União ou pelos Estados-membros.

Atualmente, cerca de 80% dos Municípios brasileiros sobrevivem por meio de repasses do Fundo de Participação dos Municípios – FPM e demais repasses. Essa realidade gera instabilidade para o orçamento municipal que depende das intempéries da economia, das políticas de intervenção da União, da guerra fiscal

entre os Estados-membros. Tudo isso, afeta diretamente na efetivação da autonomia financeira municipal.

Ao relacionarmos o número de Municípios e o número de seus habitantes comparativamente aos gastos com direitos prestacionais, percebemos que enquanto não houver a atenção voltada para os problemas municipais, o Estado Providência nada mais significará do que expectativa de direitos.

Com base nisso, analisaremos como a problemática da (in) efetividade dos direitos sociais fundamentais, assumidos pela Constituição Federal de 1988, está relacionada ao afastamento do federalismo de cooperação, em que pese o desprezo pelo ente municipal.

1 ESTADO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERATIVA DE 1988

A legitimação do Estado, atualmente, está intimamente correlata com os direitos fundamentais. Da mesma forma, a essência da Constituição está diretamente envolvida com o estabelecimento de direitos dessa ordem. A tal ponto de definir o núcleo material de qualquer Lei Fundamental. Desde metade do século XVIII é possível perceber esse delineamento do constitucionalismo. A própria Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dispunha no seu artigo 16 que "toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição." Com isso, os direitos fundamentais passam a integrar o núcleo constitucional, ao lado da definição e forma do Estado, do sistema de governo e da organização do poder. Além disso, esse modelo de Estado, que preconizava os direitos fundamentais, passou a ser considerado ideal[141]

No mesmo sentido, democracia e direitos fundamentais estabeleceram uma relação de interdependência e reciprocidade, visto que somente a promoção do bem comum justifica e legitima as decisões democraticamente eleitas. O Estado

[141] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p. 58-60.

social, por sua vez, também alimenta estreito laço com os direitos fundamentais, porquanto eles constituem, na lição de Ingo Sarlet, "exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas sim, guiado, pelo valor da justiça material."[142]

A Revolução Francesa de 1789 e a Declaração Americana de 1776 consagram direitos originados com a ideologia contratualista liberal, referentes à liberdade, à segurança e à propriedade. Essas garantias surgiram em contraposição ao regime absolutista como instrumentos para controlar e limitar a atuação abusiva do Estado. Foi no pós Primeira Guerra Mundial, no entanto, que surgiu outro discurso social com influência marxista, resultando na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador da República Soviética Russa em 1918. Nessa época surgiu no mundo os primeiros diplomas conferindo aos cidadãos o direito à prestação positiva do Estado, destaca-se dentre esses a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Essas Constituições inauguram no mundo ocidental capitalista a ideia de direitos sociais, com foco na igualdade aliada a uma extensa lista de direitos econômicos, sociais e culturais. E esse panorama internacional do constitucionalismo influenciou grandemente os diplomas constitucionais brasileiros. E, a partir de 1934 o Brasil inseriu em suas Constituições alguns direitos sociais no título da ordem econômica e social. Seguindo a mesma orientação nas demais até a promulgação da Constituição Federativa de 1988 que acolheu os direitos sociais no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), conferindo status de fundamentalidade, ampliando a reduzido destaque que os Diplomas anteriores às atribuíam.[143]

Inobstante a Constituição de 1988 tenha omitido enunciado definindo a República como um Estado Social e Democrático de Direito (art. 1º, apenas define o Estado apenas como Democrático e de Direito), o Estado Social é doutrinariamente

---

[142] *Ibidem.* p. 61-62.

[143] CASTRO, Karina Brandão Alves de. Direitos Sociais: vetor fundamental do orçamento contemporâneo. *In:* DOMINGUES, José Marcos (org.). **Direito Financeiro e Políticas Públicas.** Rio de Janeiro: GZ, 2015.p. 236

reconhecido como um dos princípios fundamentais ínsitos constitucionalmente. Isso por que:

> Além de outros princípios expressamente positivados no Título I de nossa Carta (como, por exemplo, os da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, etc.), tal circunstância se manifesta particularmente pela previsão de uma grande quantidade de direitos fundamentais sociais, que, além do rol dos direitos dos trabalhadores (arts. 7º a 11 da CF), inclui diversos direitos a prestações sociais por parte do Estado (arts. 6º e outros dispersos no texto constitucional).[144]

A concreção desses direitos, que ocorre geralmente por meio da implementação de políticas públicas, lida com o problema do equilíbrio entre a escassez de recursos e a infinidade de possibilidade de gastos. Aparentemente simples, a equação é uma das mais controvertidas da gestão estatal, pois desencadeia diversas questões como a “[...] elaboração do orçamento e sua execução discricionária pelo Poder Executivo, participação da sociedade nas escolhas orçamentárias, excesso de contingenciamentos e disputa pelo poder.”[145]

Isso significa que os direitos sociais são exercidos a partir da oferta de prestações sociais específicas pelo Estado, por isso não se pode descurar à análise da disponibilidade de recursos em conexão com a reserva parlamentar orçamentária. Esses limites, no entanto, deve observar que deverá haver um padrão mínimo que precisa ser satisfeito. Esse padrão, pode se dizer, irredutível, consiste no dever de o Estado salvaguardar condições existenciais mínimas para todos os indivíduos indistintamente, tais como: direito à formação escolar, uma moradia simples, padrão mínimo de atendimento à saúde.

O atendimento desse padrão mínimo proporcionado pelo Estado foi positivado pela Constituição de 1988 a qual elencou exemplificativa lista de direitos individuais e sociais. Os direitos podem ser ampliados e estendidos ilimitadamente, entretanto esbarra com os limites orçamentários. Isso não quer dizer, porém que esses limites devem servir como inação dos Poderes, sobremaneira do Executivo, devem ser considerados para fins de vincular o Administrador (Poder Judiciário,

---

[144] *Ibidem.* p. 62.

[145] CASTRO, Karina Brandão Alves de. Direitos Sociais...*Op. Cit.* p. 231

Poder Legislativo e Poder Executivo) a gerir com responsabilidade o dinheiro público. Vale considerar que compreendemos a gestão responsável das finanças públicas como aquela voltada a realizar o mínimo existencial garantido constitucionalmente, consistente na oferta mesmo que modesta, mas eficaz de direitos sociais básicos (saúde, educação, moradia, segurança).

Acusados de discutir o "sexo dos anjos" nos trabalhos jurídicos, o estudante de direito não pode estar alheio à questão da realidade, sobretudo quando esta afeta o sistema jurídico, muitas vezes, de forma a desestabilizar a ideia de segurança, inerente a qualquer ordem jurídica.[146]

2 DESENVOLVIMENTO DO FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO NO BRASIL

A instituição da Federação Brasileira ocorreu por meio da Constituição Republicana de 1891, sob a influência da Convenção da Filadélfia, de 1787, que uniu os Estados independentes em Estados Unidos da América, tornando-o uma federação.[147]

Inicialmente, o Brasil assumiu o modelo federativo dual, tendo a União e os Estados como entes federativos autônomos. Foi a partir da Constituição de 1934, entretanto, que o federalismo brasileiro transformou-se em um modelo federal cooperativo, quando a União passou a ajudar financeiramente os estados mais pobres a suprirem às suas necessidades.[148]

---

[146] FREITAS, Vladimir de Passos. Trabalhos acadêmicos e realidade seguem caminhos divergentes. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-31/segunda-leitura-divergencias-entre-trabalho-academico-realidade> . Acesso em: 31 de agosto de 2014.

[147] CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2014.p. 110

[148] CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil.** *Op. Cit.* p. 112

Por isso, é compreensível a afirmação de Wallace Oates, segundo o qual "[...] o *federalismo de cooperação* surge com o ente central atuando, outrossim, nas políticas distributivas de renda."[149]

Salienta, ainda, Ferreri, que o federalismo cooperativo, ou federalismo novo, com o fito de definir objetivos comuns entre os entes, recorreu ao estabelecimento de uma interação federal-estadual. E pode ser compreendido como uma redefinição do federalismo estadunidense, por meio da prestação de auxílio financeiro do Ente Central direcionadas aos Entes Periféricos[150].

O federalismo cooperativo, modelo perceptível em vista do engrandecimento do Estado Federal e seu consequente aumento de recursos, permitindo a distribuição dessas fontes de renda aos governos locais. O governo federal, nesse contexto, assume a posição de líder da política doméstica a fim de assegurar a uniformidade e equidade na distribuição de recursos.

Não obstante o federalismo estadunidense ser considerado o parâmetro de Estado Federal, que tem por característica basilar a descentralização do poder, percebe-se uma tendência centralizadora após 1930.

No Brasil, a tendência centralizadora expandiu-se ao longo das Constituições de 1937, 1946 e a de 1967, e com a Emenda Constitucional n. 1/69 (há quem diga que sequer existia uma Federação). Foi a Constituição de 1988 que institui uma nova fase do Federalismo Brasileiro, reconstruindo-o no plano jurídico e, consequentemente, no plano fático. Inaugurou, portanto, a fase do federalismo de equilíbrio, elevando o caráter cooperativo a fim de dissipar as desigualdades típicas no nosso federalismo assimétrico[151]

Para Castro Carvalho, no "[...] Brasil, a Constituição Federal de 1988 adotou claramente os preceitos de federalismo cooperativo ao erigir os municípios

---

[149] *Apud* CARVALHO, André Castro. Mecanismos para a otimização do federalismo fiscal brasileiro. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Orgs.). **Federalismo Fiscal: questões contemporâneas.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 167.

[150] FERRERI, Janice Helena. A Federação. In: BASTOS, Celso (Org.). **Por uma nova federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 21

[151] OLIVEIRA, Ricardo Victalino de. **Federalismo assimétrico brasileiro.** Belo Horizonte: Arraes, 2012.p. 42-43.

como componentes da federação. Tal modelo, fatalmente, acabou beneficiando-lhes fiscalmente”[152]

Partindo desse pressuposto de cooperação, é fundamental apontarmos o artigo 43 da Constituição de 1988, pois ele disporá sobre as possibilidades da União desenvolver políticas de desenvolvimento e redução das desigualdades regionais em um determinado espaço geoeconômico e social. Demonstra, portanto, a importância do incentivo de políticas de cooperação intergovernamental erigida pela Carta Magna, a qual fomenta a criação de planos nacional e regional para o desenvolvimento socioeconômico.

Nesse mesmo sentido, argui Maurício Conti, que o Brasil adotou um modelo de federalismo cooperativo, o qual apesar de se preservar a autonomia dos entes federados, erigiu um sistema de interpenetração entre eles, manifestando-se de forma mais evidente no campo das finanças públicas, por mecanismos de partilhas de receitas e transferências intergovernamentais[153]

Não obstante se extraia a ideia cooperativa do Texto Constitucional, na prática é visível a ocorrência de conflitos entre os entes federativos, principalmente relacionados à distribuição e compartilhamento das receitas disponíveis e à disputa pelo controle de gastos e políticas de desenvolvimento regional. Infelizmente, esses são alguns impasses a serem ultrapassados para a efetivação de uma verdadeira cooperação intergovernamental estabelecidas na Constituição de 1988.

Desse modo, cabe aludir que a ideia do federalismo cooperativo no Brasil versa sobre os meios constitucionais e infraconstitucionais de reconhecer e tentar diminuir ou dissipar as desigualdades regionais do nosso federalismo assimétrico. Entrementes, esbarra com uma série de conflitos que remontam a história do Brasil e do desenvolvimento do modelo federalista.

---

[152] CARVALHO, André Castro. Mecanismos para a otimização do federalismo fiscal brasileiro. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Orgs.). **Federalismo Fiscal: questões contemporâneas.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. (2010, p. 166)

[153] 13 CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Orgs.). **Federalismo Fiscal: questões contemporâneas.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.p.24.

O principal ponto de partida dos conflitos entre os entes federativos brasileiros, vale dizer, parte da busca por recursos. A principal fonte de renda do Estado advém dos tributos, no entanto a discriminação de rendas tributárias, a partir da divisão da competência para instituir tributos não resolve o problema da equalização de receitas tributárias no Brasil, por causa desigualdade no desenvolvimento econômico dos entes federativos que compõem a nação. É aí que entra em cena a partilha constitucional de receitas fiscais funcionando como propulsor do desenvolvimento econômico e ao mesmo tempo fortalecendo a estrutura estatal dos entes mais periféricos da estrutura federal brasileira.

Por isso, as normas que instituem as repartições de receitas tributárias no Brasil são fundamentais para efetivarem a autonomia dos entes federais. Essa autonomia financeira está intimamente ligada ao próprio funcionamento das estruturas estatais, sobretudo dos Estados-membros e Municípios, como entes mais periféricos e mais carentes de recursos frente à União. Isso se deve ao fato de que sem finanças se inviabiliza o cumprimento das múltiplas tarefas inerentes ao Estado de Bem Estar Social. Por isso, percebe-se a relevância da efetividade das normas de transferência de rendas tributárias. Compreender a estrutura dessas normas contribui para a compreensão da própria federação brasileira.

3 MUNICÍPIO – O PAPEL DO ESTADO MAIS PRÓXIMO DO CIDADÃO E DA DESCENTRALIZAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA E DO ESTADO SOCIAL NO BRASIL

O Município é considerado a entidade política mais próxima do cidadão. Isso é um dos aspectos convergentes dentre os estudiosos do Estado. Sobre o tema e, mais especificamente, sobre a fundamentalidade da efetiva autonomia financeira do Município brasileiro, conforme Maria Garcia, a distribuição da riqueza significará,

> [...] o estabelecimento de formas e modos da efetiva autonomia financeira dos Municípios pela reforma constitucional da repartição de rendas, caminho que coincide, na sua concretização, com a

> tradição histórica do Município brasileiro, e, portanto, é no Município que ocorre, de fato, a existência nacional.[154]

A autora também argui que a Federação tem como base o Município, porquanto dele decorre a existência do indivíduo e da cidadania que se concretizam geograficamente na municipalidade. E isso pode ser bem visualizado quando observamos que a União e os Estados são apenas ficções jurídicas, porquanto a existência desses entes não ocorre por meio de intrínseca concretude, senão a partir do Município, onde as pessoas, os indivíduos, os cidadãos e o povo coexistem.[155]

O estudioso do Município argentino, Iván Darío Tenaglia também considera o Município nessa mesma perspectiva. Vai além, afirma que a construção de uma estrutura local de estado é inerente a convivência social do ser humano e por isso chama a municipalidade de pedra sobre a qual se funda o Estado. Fundamenta essa afirmação na medida em que considera o município como uma associação intermediária surgida naturalmente por causa da natureza gregária do ser humano. E assim, a municipalidade seria como a sua primeira comunidade organizada, a qual se projeta além da individualidade de cada ser humano, mas expandindo para sua família e para o grupo social que compõe a comunidade.[156]

Na acepção de Hans Kelsen, "[...] os Municípios são as democracias mais antigas, e o eram em um tempo em que a administração central e todos os demais domínios da administração local estavam organizados sobre bases estritamente autocráticas."[157] Ademais, o autor chama a atenção para a defesa de um municipalismo jusnaturalista no qual justifica-se em um conteúdo apriorístico capaz de sustentar o direito da autonomia municipal fundado em sua própria natureza. Critica essa posição, obviamente. Argumenta que uma ideia desse tipo implicaria na

---

[154] GARCIA, Maria. O Estado Federal: o Município e a limitação de poderes. *In*: RAMOS, Dircêo Torrecillas (Coord.) **O federalista atual**: teoria do federalismo. Belo Horizonte: Arraes, 2013.p. 312

[155] GARCIA, Maria. O Estado Federal: o Município e a limitação de poderes. *Op. Cit*. 2013.p. 314.

[156] TENAGLIA, Iván Darío. **Autonomía municipal**: sobre esta piedra edificaremos el Estado – derecho municipal comparado. La Plata: Scotti, 2009. p. 20

[157] KELSEN, Hans. **Teoría general del estado.** México: Editora Nacional, 1965. p. 244. Tradução livre do texto: "[...] *Los municípios son las democracias más antiguas, y lo eran ya en um tempo em el que la administración central y todos los restantes domínios de la administración local se hallaban organizados sobre bases estrictamente autocráticas*;"

consideração de que o Município precedeu o Estado ou se confundiria com o próprio Estado. Argui, nesse sentido, que

> [...] se isso fora certo, ou seja, se a comunidade parcial hoje existente como municipio houvera precedido a comunidade totalitária que conhecemos pelo nome de Estado, significa que o Estado coincidiu com o município, ou seja, o município havia sido o Estado. Tudo isso é uma consequência de quanto levamos dito até o momento. E se confirma, se observamos que é sensivelmente impossível determinar quais são os assuntos próprios da competência „natural‟ do município, qual é o conteúdo apriorístico do chamado *pouvoir municipal*.[158]

A partir disso, Kelsen diz que, se isso fosse verdade seria possível defender um "raio de ação" próprio do município, o qual deveria ser-lhe reservado no Estado, e este deveria se abster de invadi-lo.

Decerto o autor levanta um tema interessantíssimo acerca de um direito natural da municipalidade em desfrutar de um poder próprio – raio de ação –, sem interveniências do governo central. Concordamos, assim, com o autor, que não há um direito inato ao poder do Município, mas não podemos negar que este surge com o Estado, como resultado de um modelo jurídico. Cabe acrescentar que, apesar do aspecto político não ser o nosso enfoque, pois aqui pretendemos realizar um estudo eminentemente jurídico-dogmático, essa perspectiva não deve ser desprezada na compreensão do próprio direito positivo. Isso porque por mais que queiramos construir uma Ciência do Direito sem interveniência de outros saberes, seu objeto, a lei (sentido lato) é resultado de um ordenamento jurídico construído mediante um processo histórico revolucionário que é a Constituição. E, por sua vez, esta é resultado da articulação dialética da relação humana ao longo das suas gerações em um determinado povo.

Dessa forma, a justificativa que se pode arguir para lastrear a defesa de um raio de ação que permitisse a garantia da autonomia do Município, baseia-se na análise histórica. Nosso intuito, como já explicitado, não tem o condão de extrapolar

---

[158] *Ibidem.* p. 245-246. Tradução livre do texto: "[...] *Si eso fuera certo, es decir, si la comunidade totalitária que conocemos bajo el nombre de Estado, es que el Estado habria coincidido con ele município, es decir, el municipio habria sido el Estado. Todo esto es uma consecuencia de cuanto llevamos dicho hasta ahora. Y se confirma, se observamos que es sencillamente imposible determinar caules son los assuntos próprio de la competência 'natural' del municipio, cuál es el contenido apriorístico del llamado pouvoir municipal.*" (destaque do autor)

o âmbito da pesquisa jurídico-dogmática, apesar disso, consideramos salutar realizarmos uma análise histórico-jurídica acerca do aspecto financeiro municipal nas Constituições Federativas. Sob este enfoque, abarcaremos também certos aspectos do contexto histórico que são relevantes para compreendermos o fortalecimento desse ente federal de terceiro grau desde a primeira Federação brasileira até a atual. A escolha do direcionamento desta pesquisa ocorreu porque consideramos que só poderemos compreender os problemas federativos ao contrastarmos o passado com perspectivas futuras, assim como defende Giovani Corralo, utilizando a metáfora do Deus Jano.[159]

Depois desses breves apontamentos sobre a questão da autonomia municipal, é necessário nos atentar para o fato de que o tema suscita debates em diferentes estruturas estatais, a exemplo dos Estados Unitários. É na Federação, no entanto, que o tema se apresenta com mais veemência, porquanto, supõe-se a existência de uma maior descentralização do poder.

Por conseguinte, no intuito de entendermos a ascensão da autonomia municipal brasileira, precisamos nos atentar para o fato de o tema ser tratado nas diversas Constituições Federativas, desde a Constituição de 1891, que inaugurou o sistema no Brasil, até a atual Carta Magna, que, nos parece, vem consolidando cada vez mais o Federalismo. A partir desse percurso, vimos como a construção dessa autonomia foi se consolidando nas diversas Constituições Federativas, até o alcance formal de sua mais alta aspiração, que foi a elevação do Município como Ente Federado.

A descentralização e autonomia regional não são características peculiares ao Estado Federal. No Estado português, considerado Unitário, há uma compatibilização entre essas características e o princípio da unidade territorial. Chamado de regime autonômico insular, este foi garantido pelo ordenamento jurídico lusitano, no qual podemos destacar dois elementos: a) um núcleo estável e irreformável que garante a autonomia político-administrativa local; b) um regime

---

[159] CORRALO, Giovani da Silva. O poder municipal na federação brasileira e o Deus Jano: competências constitucionais versus recursos financeiros. *In*: CIARLINI, Alvaro Luis de A. S.; VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira; CORREIA NETO, Celso de Barros (Org.). **Pacto Federativo.** Brasília: IDP, 2014.

jurídico próprio "[...] entendido como o complexo normativo contido na Constituição, nos estatutos regionais e no bloco de legalidade regional e especificamente respeitante à organização, competências e funcionamento dos órgãos de governo próprio das Regiões Autónomas."[160]

O regime autonômico insular garante às localidades os vários tipos de autonomias, semelhantes as que o Estado Federal brasileiro conferiu aos entes municipais, tais como: autonomia política; autonomia normativa; autonomia da administração; autonomia econômica e financeira e autonomia como liberdade de decisão. As facetas desse regime insular indicam como o componente regional é forte na estrutura do Estado Unitário Português, de tal modo a se cogitar em cunhá-lo de Estado Unitário Descentralizado ou até mesmo em um Estado Federal. Entretanto, conforme J.J. Gomes Canotilho, o "fenótipo" organizatório de Estado unitário continua o mesmo. Nesse sentido, a própria Constituição, no seu artigo 225. º/ 3, dispõe "A autonomia político-administrativa regional não afeta a integridade da soberania do Estado"[161]

No Brasil, a autonomia do Município foi garantida constitucionalmente por meio da elevação da "autarquia administrativa" (tal como é conhecida em Portugal) a pessoa política de direito interno, tornando-se integrante do pacto federativo. Essa previsão garante ao ente subnacional autonomia interna comparativamente àquela recebida pelos Estados-membros. Diferentemente do Estado Português, que, não obstante tenha outorgado às regiões vários tipos de autonomias, não perdeu o seu caráter de Estado centralizado. A atribuição de direitos e de deveres para as microrregiões significam muito mais um planejamento de descentralização de poderes, discricionariamente realizado pelo poder central, do que o propriamente o significado de autonomia que é inerente a um ente federativo, em que somente obedece à Constituição.

A importância de iniciarmos o tema da descentralização de competências territoriais com esse quadro comparativo objetiva alertar para o fato de que a técnica de

---

[160] CANOTILHO, J. J. Canotilho. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 359-360.

[161] CANOTILHO, J. J. Canotilho. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** *Op. Cit.* p. 360-361.

descentralização governamental recebe atenção não somente no Estado Federal, mas na própria organização estatal. A busca por eficiência do Estado é um dos fatores principais para a repartição de competências ou até mesmo delegação de tarefas. Além da eficiência de gestão que a descentralização visa proporcionar, já é reconhecido que a proximidade da máquina estatal com o cidadão é o objetivo de sociedades democráticas. Nesse entorno, vale acrescentar o reconhecimento do princípio da subsidiariedade pela Carta Europeia da Autonomia Local (artigo 4º, nº 3), segundo o qual: "[...] as decisões devem ser tomadas o mais perto possível dos cidadãos a quem se dirigem, pelo nível administrativo mais próximo e directamente responsável face aos cidadãos, apenas devendo intervir o nível superior nos casos em que isso é indispensável."[162]

Importa notar que a palavra subsidiariedade possui duplo sentido, o primeiro é o de que o nível superior deve ocupar o segundo lugar na estrutura estatal, ou seja, deve ser subsidiário e um segundo sentido seria a ideia de que o nível superior serve o nível inferior ou os cidadãos a fim de satisfazer as suas necessidades ou auxiliar na execução das tarefas estatais do governo local. Para reforçar essa ideia podemos buscar na etimologia da palavra *subsidium* que significa "ajuda" ou "apoio"[163]

Nessa perspectiva, o governo local ganha predominância no atendimento às tarefas estatais, pois está intimamente ligado aos anseios democráticos de participação da população diretamente interessada na coisa pública. No Estado Unitário Português, os Municípios constituem elemento de sua organização democrática, tendo auferido autonomia desde o final do século XX, conferida pelo poder Central que estabelece o conteúdo dessa autonomia local. Tal como o Brasil, a história do municipalismo sempre demonstrou movimento pendular, porquanto a autonomia local é encorajada pelos regimes democráticos e combatidos pelos totalitários.[164]

---

[162] MONTALVO, António Rebordão. **A autonomia Local e a evolução do modelo da Gestão Pública Municipal.** Coimbra: Almedina, 2003. p. 76

[163] *Ibidem.*p. 77.

[164] *Ibidem.* p. 96

No Brasil, a municipalidade também enfrentou distintas restrições quanto à sua autonomia, mesmo depois da instauração do modelo Federal de Estado, a depender da orientação política de seus governos, sempre na lógica pendular e inversamente proporcional entre autonomia *versus* totalitarismo. Foi na Constituição Federativa de 1988 que recebeu patente destaque, auferindo competências e autonomias. Dessa forma, os limites autonômicos dos Municípios estão definidos diretamente pela Lei Fundamental e não pela discricionariedade e da contingencialidade dos governos centrais. Isso demonstra o caráter de definitividade dada ao modelo democrático pelo legislador originário. Prova da vontade de não dar margens para as tiranias dos regimes anteriores.

Da mesma sorte, vale ressaltar que o empoderamento do Município como medida de descentralização é fortemente acentuado no texto constitucional português que atribui ao poder central a definição dos direitos das autarquias locais e os limites de suas atividades. Apesar dessa aparente discricionariedade do governo central, "[...] a *legitimidade política e formal* do Estado não pode afastar a *legitimidade histórica e natural* dos municípios para a satisfação dos „interesses *próprios* das populações respectivas‟ (art. 235, n° 2, da C.R.P)."[165]

Esse paralelo com o tratamento ofertado ao Município demonstra como esta estrutura exerce respeitável função na persecução dos objetivos estatais, pois facilita o atingimento dos anseios democráticos, republicanos, e, no nosso caso, federativo. Além de facilitar a promoção do bem comum, fim de todo Estado, e delineado pelo Estado de bem estar social, preconizado pela nossa República.

Por isso, a atual Constituição adotou o sistema de competências reservadas ou enumeradas para a União e os Municípios, enquanto para os Estados-membros outorgou as remanescentes, conforme o § 1º do artigo 25, ou residual – aquela que não fora concedida a União ou ao Município. Hely Lopes Meirelles afirma que dentre os poderes há os explícitos e os implícitos. Aqueles seriam os que estão expressos constitucionalmente, já os implícitos decorrem desses últimos, como exemplo sugere o poder de instituir tributos, conferido ao

---

[165] MONTALVO, António Rebordão. **A autonomia Local...** *Op. Cit.* p. 96.

Município, visto que deste poder/dever decorre o direito/dever de arrecadar o tributo instituído. Por isso, desenvolveu a teoria dos poderes implícitos, diante da qual os entes federativos devem observância na interpretação das normas que dispõem sobre a competência. Assim, a competência da União somente ocorre quando há norma implícita ou explícita estabelecendo tal poder.[166]

No presente trabalho não adotamos o entendimento do eminente jurista, pois partimos da teoria que as normas jurídicas são construídas por meio da interpretação do operador do direito e, por isso, incabível a distinção entre poderes explícitos e implícitos. A partir da nossa perspectiva, as competências e poderes são decorrentes de normas as quais resultam do processo de interpretação dos enunciados normativos sob a forma sistemática. Nesse mesmo sentido, afirma Gabriel Ivo,

> [...] não há norma jurídica expressa, e sim, sempre implícita. Todas as normas jurídicas brotam da atividade interpretativa de quem se aproxima do texto legislado. É sempre o ser cognoscente quem constrói a norma jurídica. O intérprete percebe os textos do Direito positivo e mentalmente elabora as normas jurídicas. [...] É correto afirmar, portanto, que não existe norma expressa, todas estão implícitas no texto do Direito positivo.27[167]

Em relação às atribuições municipais, a Constituição Federativa de 1988 estabeleceu no seu artigo 23, juntamente com os demais entes federados (União, Estados-membros e Distrito Federal), as competências comuns, pois caberá a todos os entes atuar sobre matérias que estejam nas suas atribuições institucionais. Esse delineamento decorre do modelo de cooperação adotado pelo federalismo brasileiro, visando manter o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar no âmbito nacional.[168]

Assim, os incisos II ao IX do artigo 30 elencam as competências municipais, as quais podem ser exercidas privativa, comum ou concorrentemente com Estados e União. No mesmo artigo, no inciso I, a Constituição conferiu ao Município competência para “legislar sobre assuntos de interesse local”. Para Hely Lopes Meirelles, a

---

[166] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. (atualizado sob coordenação de Adilson Abrau Dallari).p. 133.

[167] IVO, Gabriel. **Constituição Estadual –** competência para elaboração da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Max Limonad, 1997.p. 139

[168] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. *Op. Cit.* p. 134

expressão significa a predominância (e não exclusividade) do interesse em relação aos demais entes federados, "isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau e não de substância."[169]

4 PRINCIPAIS ENTRAVES PARA A CONCRETIZAÇÃO DA AUTONOMIA FINANCEIRA DO MUNICÍPIO E O IMPACTO NA (IN) EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

A redemocratização brasileira ocorrida com a promulgação da Carta de 1988 permitiu grandes avanços na ordem jurídica federal. Sob o desenho institucional do federalismo de cooperação, baseado não somente pela distribuição de tarefas, ou encargos, por meio da repartição de competências comuns e concorrentes, mas também pela distribuição de rendas entre os entes federados. Essa estruturação acompanha os anseios democráticos, pois, como já referido, a descentralização é próprio do ambiente democrático e sua inerente distribuição do poder.

Vimos também que competências ou atribuições estatais desacompanhadas de respectiva fonte de financiamento reduz a eficácia da norma garantidora de direitos à zero. A ordem jurídica originada com a Constituição de 1988 completa 27 anos em outubro. Temos muitas conquistas para comemorar, mas ainda estamos longe de alcançar o Estado Providência anunciado pelo Constituinte Originário em 5 de outubro de 1988.

As garantias de direitos analiticamente preconizadas pela atual Lei Fundamental dão ensejo à atribuição do adjetivo de Cidadã. Entretanto, passados mais de um quarto de século, a sociedade deve enfrentar muitos desafios em prol da concretização dos ideais constitucionais. Isso porque sequer o padrão mínimo foi garantido ao longo desses anos. Esse panorama implica que devemos envidar esforços para conferir concretude às normas constitucionais a fim de promover o objetivo do Estado Social.

---

[169] *Ibidem.* p. 136

Para tanto, devemos direcionar nosso olhar para as reais possibilidades, visto que não é possível tratar o Brasil como se outro País fosse. É preciso se desarraigar do plano ideal e verificar quais os entraves para a efetivação dos direitos. E a partir disso encontraremos respostas mais racionais que resolvam eficazmente a problemática. E essas respostas estão no nosso próprio sistema jurídico, que, preferiu ser analítico, data vênia, para não deixar margem de uma possível regressão institucional, com base autoritária.

O modelo de federalismo cooperativo no Brasil refletiu diretamente nas finanças públicas, visto que a distribuição de tarefas também foi equivalente à distribuição de fontes de financiamento, seja por meio direto, a partir da atribuição de competência tributária para cada um dos entes, seja por meio indireto, por meio das transferências de receitas dos entes maiores (União e Estados) para os menores (Estados e Municípios).

Ocorre que no Brasil nunca houve um discussão séria acerca do real significado do "pacto federativo", em que se colocasse em pauta a necessidade de equalizar capacidade fiscal com o gasto de cada nível de governo, considerando-se as atribuições constitucionalmente delineadas. Nesse sentido, Alencar & Gobetti alerta para a forma desordenada como essa descentralização vem ocorrendo desde a promulgação da nova ordem constitucional. Situação que resulta na expansão da carga tributária desacompanhada de uma descentralização de receitas. Isso implica na má distribuição da riqueza entre os entes com menor desempenho *per capita.*[170]

Essa situação demonstra grave distorção no sistema de partilha constitucional, pois esta foi inserida no Texto Maior com o objetivo de distribuir a riqueza que está desigualmente dispersa no território nacional. As transferências deveriam servir para compensar a baixa arrecadação dos entes com menor desempenho tributário, devido às agruras provocadas pelo desigual desenvolvimento econômico.

---

[170] ALENCAR, André Amorim e GOBETTI, Sérgio Wulff. **Justiça Fiscal na Federação Brasileira**: uma análise do sistema de transferências intergovernamentais entre 2000 e 2007. Brasília: ESAF, 2008.p. 23

A capacidade dos Municípios em gerar receita própria foi analisada por Alencar & Gobetti, os quais enfrentaram dificuldades por causa da ausência de dados suficientes para analisar a base tributária real de cada ente municipal, pois consideraram o PIB muito imperfeito para servir como base, visto que a competência tributária está limitada a propriedades urbanas e a alguns serviços e grande parte desses entes estão situados em áreas rurais.[171]

Por meio desse quadro fático apresentado na pesquisa acima mencionada, percebemos que as transferências de receitas tributárias para os Municípios continuam agravando a situação de desigualdade socioeconômica originária (considerando como origem a inserção da nova ordem constitucional, em 1988). E essa distorção existe mesmo com maior incremento de receita no FPM ou transferências diretas.

Com a intrínseca relação entre encargos e recursos, e diante do referido problema na distribuição da partilha, a efetividade do Estado Social fica comprometida. A concentração de renda é tamanha que "[...] chegamos a uma distribuição tal que 50% da população brasileira, residente nos 4.147 municípios mais „pobres‟ do Brasil, „detém‟ 21,64% do PIB, enquanto os 22,74% da população dos 339 municípios mais "ricos" concentra cerca de 50% do PIB."[172]

O reconhecimento da autonomia financeira municipal é de suma importância para a efetivação do federalismo de cooperação, o qual visa, antes de tudo construir uma sociedade democrática e solidária. Vimos que somente com a real oferta de serviços públicos haverá a promoção dos direitos sociais, e também que o Município ocupa posição estratégica nessa gestão. Nesse sentido, afirma Andreas Joachim Krell que "[...] a autonomia municipal constitui um fator importantíssimo para uma maior eficiência na prestação dos serviços públicos e para a democratização das estruturas políticas da sociedade."[173]

---

[171] ALENCAR, André Amorim e GOBETTI, Sérgio Wulff. **Justiça Fiscal na Federação Brasileira**: ...*Op. Cit.* p. 24.

[172] *Ibidem.* p. 27

[173] KRELL, Andreas Joachim. **O Município no Brasil e na Alemanha**: direito e administração pública comparados. São Paulo: Oficina Municipal, 2003. p. 84.

Ademais, o autor problematiza que a outorga de autonomia ao Município sem cooperação dos demais entes, baseada na disposição obrigatória de tarefas acompanhado de financiamento e fiscalização, impedem que haja a melhora na "qualidade dos produtos administrativos finais para os cidadãos."[174]

Por fim, podemos perceber que com esse panorama fático dificilmente os ideais democráticos e sociais serão realizados. E, os direitos extensamente garantidos constitucionalmente não passarão de expectativas inatingíveis. Enquanto, o sistema de distribuição de renda ignorar as assimetrias socioeconômicas brasileiras, bem como inexista mecanismos eficientes de alocação de recursos no âmbito municipal, estaremos tergiversando sobre os direitos, em Congressos, na Academia, mas não conseguiremos alcançar o devir dos enunciados normativos que preconizam o Estado Social.

CONCLUSÕES

O presente artigo científico pretendeu analisar de que modo a crise federativa presente na realidade brasileira atual afeta o cumprimento da vasta gama de direitos sociais garantidos pela Constituição de 1988. Para tanto, objetivamos demonstrar como o Município é um elemento importante na estrutura governamental, inclusive nos Estados Unitários, pois, em tese, cumpriria os ideais de legitimidade democrática e eficiência na alocação de recursos e serviços, visto que está muito mais próximo do administrado.

No Brasil, a nova ordem constitucional ratificou a tendência municipalista nacional e elevou a municipalidade à condição de ente federado, torando-se singular no diante das demais Federações. Com isso, conferiu equidade ao Município diante dos demais entes, por meio da atribuição de diversas autonomias. Dentre as autonomias existentes, tais como: a política, a administrativa, a legislativa, a autonomia financeira se destaca quando queremos garantir efetividade aos direitos prestacionais.

---

[174] KRELL, Andreas Joachim. **O Município no Brasil e na Alemanha**...*Op. Cit.* p. 85.

Na Federação, muito mais do que qualquer outro modelo de Estado, a descentralização faz parte de seu cerne, servindo como um dos pressupostos para a sua caracterização. A elevação do Município à condição de ente federado enfatiza o anseio do Constituinte Originário em descentralizar o poder e, consequentemente, evidenciar o direcionamento democrático do Estado Brasileiro.

A partir desse arcabouço teórico, analisamos como ao longo dos quase 27 anos de Constituição a União avocou poderes para si, sobretudo concernente ao poder de instituir tributos, com ênfase para as Contribuições sociais, já que não está diretamente ligado às partilhas de recursos aos demais entes. Essa forte centralização do poder tributário perante a União retira o desempenho tributário dos demais entes, sobretudo dos entes municipais, que em sua maioria, sobrevive dos repasses constitucionais.

O sistema de partilha de receitas tributárias foi instituído pelo Constituinte Originário como mecanismo de distribuição de riqueza para equalizar a situação econômica dos distintos entes federados. E, com isso, ressaltou o federalismo fiscal cooperativo. Percebemos, no entanto, que os mecanismos constitucionais de partilha não estão sendo alocados de forma a atender o intuito distributivo, pois, não serviram para aumentar o desempenho tributário *per capita* dos cerca de 80% de Municípios pobres que dependem de transferências de receitas tributárias dos demais entes.

Esse panorama desigual afeta diretamente a execução de políticas públicas, o que compromete o cumprimento do Estado de Bem Estar Social delineado constitucionalmente. Vasta gama de direitos sociais, indiscutivelmente fundamentais, torna-se ineficaz, visto que a ausência, a ineficiência e a precariedade de políticas públicas de promoção dos direitos sociais são, em grande medida, decorrente da má distribuição da riqueza para os entes municipais.

Por isso, voltar à atenção para a problemática federativa de concentração de renda e da má execução dos mecanismos de distribuição de renda para os entes municipais, significa buscar meios efetivos para a real garantia dos direitos sociais prestacionais.

O debate sobre a (in) efetividade desses direitos garantidos pelo Estado Social Brasileiro deve necessariamente passar pela questão do financiamento, e este esbarra diretamente com a crise federativa, na qual o ente municipal segue como o mais prejudicado. Nesse sentido, estima-se que entre 2009 a 2015 houve uma queda de cerca de 130 bilhões de reais nos repasses constitucionais direcionados aos Municípios. Toda a alocação desses recursos poderia estar sendo implementada na promoção do bem estar social da respectiva população, entretanto, foram retirados dos cofres da municipalidade em total dissonância com o federalismo cooperativo preconizado constitucionalmente.

Passados mais de um quarto de século deste a promulgação da atual Constituição, urge a realização de medidas com o fim de compreender os problemas que impedem a promoção dos direitos sociais prestacionais, para então, envidar esforços para efetivar o padrão mínimo de vida para a população. Percebemos que dentre os principais entraves, a crise federativa está intimamente relacionada à da inefetividade dos direitos prestacionais.

No ambiente político, formou-se o debate sobre o novo pacto federativo, como visto este não foi muito discutido quando da implantação do modelo Federal, repartiu-se encargos e respectivas fontes de financiamento, no entanto desprezaram a complexidade que demanda tal distribuição, sem levar em conta a equalização da capacidade fiscal relacionando esta com o gasto de cada nível de governo, considerando-se as atribuições constitucionalmente delineadas. Essa ponderação é extremante complexa, por isso mesmo que o modelo de federalismo cooperativo pretende descentralizar as operações de forma a equilibrar as diversas pessoas políticas, as quais devem ser guiadas, sempre, pelo intuito de promover o bem comum - função primária do Estado.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, André Amorim e GOBETTI, Sérgio Wulff. **Justiça Fiscal na Federação Brasileira**: uma análise do sistema de transferências intergovernamentais entre 2000 e 2007. Brasília: ESAF, 2008.

CANOTILHO, J. J. Canotilho. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, André Castro. Mecanismos para a otimização do federalismo fiscal brasileiro. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Orgs.). **Federalismo Fiscal: questões contemporâneas.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Orgs.). **Federalismo Fiscal: questões contemporâneas.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CORRALO, Giovani da Silva. O poder municipal na federação brasileira e o Deus Jano: competências constitucionais versus recursos financeiros. *In*: CIARLINI, Alvaro Luis de A. S.; VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira; CORREIA NETO, Celso de Barros (Org.). **Pacto Federativo.** Brasília: IDP, 2014.

CASTRO, Karina Brandão Alves de. Direitos Sociais: vetor fundamental do orçamento contemporâneo. *In:* DOMINGUES, José Marcos (org.). **Direito Financeiro e Políticas Públicas.** Rio de Janeiro: GZ, 2015. (p. 231-255)

FERRERI, Janice Helena. A Federação. In: BASTOS, Celso (Org.). **Por uma nova federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FREITAS, Vladimir de Passos. Trabalhos acadêmicos e realidade seguem caminhos divergentes. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-31/segunda-leitura-divergencias-entre-trabalho-academico-realidade> . Acesso em: 31 de agosto de 2014.

KELSEN, Hans. **Teoría general del estado.** México: Editora Nacional, 1965.

KRELL, Andreas Joachim. **O Município no Brasil e na Alemanha**: direito e administração pública comparados. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.

GARCIA, Maria. O Estado Federal: o Município e a limitação de poderes. *In*: RAMOS, Dircêo Torrecillas (Coord.) **O federalista atual**: teoria do federalismo. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

IVO, Gabriel. **Constituição Estadual –** competência para elaboração da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Max Limonad, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. (atualizado sob coordenação de Adilson Abrau Dallari).

MONTALVO, António Rebordão. **A autonomia Local e a evolução do modelo da Gestão Pública Municipal.** Coimbra: Almedina, 2003.

OLIVEIRA, Ricardo Victalino de. **Federalismo assimétrico brasileiro.** Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TENAGLIA, Iván Darío. **Autonomía municipal**: sobre esta piedra edificaremos el Estado – derecho municipal comparado. La Plata: Scotti, 2009.

FLORESTA AMAZÔNICA

Prudêncio Hilário Serra Neto

1 INTRODUÇÃO

A região amazônica, como um todo, historicamente, têm seus projetos de desenvolvimento pensados a partir de interesses exógenos à região, sobretudo a partir – e para – o grande capital externo, além disso, de uma perspectiva nacional, servira sempre ou como um instrumento para manter o equilíbrio da balança comercial ou como uma grande fazenda capaz de prover as necessidades das regiões mais ricas do país.

Em tal contexto, muito pouca atenção foi destinada às reais vocações locais. O que se percebe é um cenário constante, e em expansão, da expropriação das populações e comunidades tradicionais. Em outros termos, agricultores familiares por exemplo que vivem basicamente do manejo de subsistência são cada vez mais compelidos e incentivados a mudar os rumos de suas vidas.

O presente artigo aborda uma das manifestações mais recentes desse fenômeno. Trata-se, aqui, especificamente da expansão do dendê na esteira da crescente demanda por combustíveis mais limpos e menos danosos ao meio ambiente. Contudo os efeitos dessa nova atividade ainda são desconhecidos, ou, parcialmente identificados.

Nota-se que inúmeras famílias, antes ligadas a um modo de vida tradicional, abandonam essa condição a fim de se tornarem “parceiros” das grandes empresas e conglomerados econômicos que exploram o dendê.

Diante dessa situação, ainda pouco explorada, mas que não constitui nenhuma novidade no processo de formação da Amazônia atual, a questão central que norteia o presente estudo passa por saber se a imposição de um modo de produção, a determinação delegar um tipo estranho de atividade, seria um modo de violência contra os povos tradicionais da Amazônia, revestido por um discurso de desenvolvimento e estímulo a agricultura familiar. Assim, pretende-se discutir o que

se entende por violência dentro de um contexto mais amplo em que a globalização, sobretudo a expansão sem limites do capital, afirma-se enquanto um processo civilizatório que cada vez mais transforma o campo e reduz sua importância.

Além disso, buscar-se-á demonstrar como o modo de vida tipicamente camponês vem sendo atropelado e esquecido em função da imposição de uma lógica produtiva completamente estranha, notadamente, o cultivo do dendê em pequenas unidades produtivas.

Trata-se de um estudo necessário, revestido de grande relevo social, pois é fundamental discutir e compreender como as transformações sociais acontecem na região. Ainda, pesquisas científicas nesse sentido ajudam a dar voz a populações inteiras, silenciadas e esquecidas, já que praticamente a única realidade que aparece são os vídeos institucionais ou publicitários, mostrando as maravilhas do dendê, bem como, o quanto as grandes empresas e conglomerados econômicos são socialmente responsáveis e ambientalmente comprometidas.

2 VIOLÊNCIA PARA ALÉM DA AGRESSÃO FÍSICA

O ponto de partido para a análise que aqui se estabelece é afastar, ou ao menos fazer refletir, que o termo violência é muito mais multifacetado do que se costuma admitir. O senso comum tende a compreender a violência em termo estritamente físicos, quando, muito, considera ainda aspectos psicológicos. A conceituação mais usual de violência, contudo, está ligada a ideia de agressão física e seus desdobramentos.

Não se pode negar que se trata de uma forma de violência. Entretanto, existem outras formas de violência muito mais sutis, até disfarçadas, e que nem por isso apresentam consequências menos desastrosas para a sociedade. Portanto entendemos, para os fins do presente estudo, violência enquanto imposição de uma determinada razão e a dissolução de formas de vida tradicionais que se diferem de um novo modo de ver, pensar e operacionalizar os mais diversos espaços de vida – aqui especialmente o campo – assim, os que ainda não se alinharam são vistos

como primitivos, improdutivos ou, até mesmo, atrasados, que devem se converter ao novo padrão como modo de atingir, por exemplo, a liberdade.

A racionalidade que se impões sobre as demais é a do grande capital que, catapultado pelo processo de globalização, em um ritmo acelerado, consegue romper cada vez mais fronteiras, estendendo-se sob domínios de vida até então tradicionais.

É a conversão de modos de vida voltados para a subsistência em que apenas o excedente era posto no mercado, por uma nova lógica, revestida de um discurso de autonomia e liberdade para os “convertidos”, mas que, em verdade, como se verá, tornam-se cada vez mais peças de um tabuleiro que se joga bem distante do espaço rural e faz deles consumidores e, ao mesmo tempo, integrantes de um exército industrial de reserva cada vez maior.

Portanto, não ocupamo-nos aqui com o que Žižek (2014) chama de violência subjetiva – aquela realizada por agentes sociais ou indivíduos perversos, por exemplo –, o que está em jogo é algo substancialmente mais amplo e tem a ver com os outros dois tipos de violência por ele considerados: a simbólica e, sobretudo, a objetiva.

A violência objetiva guarda relação direta com o estudo aqui proposto, diz respeito à dinâmica própria do capitalismo, que não é atributo de apenas uma ou algumas pessoas em concreto, mas, sim enquanto sistema que desconsidera a realidade fática em prol do capital. Como aduz Žižek (2014, p. 25) tal sistema determina, mais que qualquer outro: […] os destinos de camadas inteiras da população e por vezes até mesmo de países países podem ser decididos pela dança especulativa “solipsista” do capital, que persegue seu objetivo de rentabilidade numa beatífica indiferença ao modo como tais movimentos afetarão a realidade social.

A distorção da realidade em função da crença e na racionalidade do capital fica mais evidente em países marcadamente desiguais como o Brasil, ainda segundo Žižek (2014, p. 25) notamos uma: “[…] enorme degradação ecológica e muita miséria humana. Entretanto, o o relatório econômico que depois lemos nos

informa que a situação econômica do país é ‘financeiramente sólida’: a realidade não conta, o que conta é a situação do capital”.

Como dito, a região amazônica não ficou de fora dessa racionalização entendida como um processo de modernização:

> Estas formas de trabalho e de exploração predatória da encontram-se subsumidas e disfarçadas por uma *modernização às avessas*, que se reflete em (ilusórios) indicadores econômicos crescentes; posto que o modelo modernizador da região reproduz sem cessar a exclusão social, e com ela a pobreza e a violência que contribuem para exibir o Brasil como um dos países mais injustos, violentos e desiguais do mundo ocidental, em simultâneo, cria e multiplica a pobreza na região natural mais rica do planeta. (LOUREIRO, 2009, p. 56)

Portanto, a racionalidade que vigora é a do mercado, Sen (2010, p. 20) por exemplo, faz um grande esforço para tentar demonstrar o contrário, com um eloquente discurso sobre desenvolvimento como liberdade, contudo, trata o mercado como algo inevitável, afirma que “[…] essas trocas fazem parte do modo como os seres humanos vivem e interagem na sociedade […]” ou que há uma considerável perda social quando as pessoas são privadas da liberdade de troca destacando que devemos reconhecer a importância da liberdade de troca e de transações sem impedimentos. Portanto, como solução para a questão da liberdade ele, no fundo, propõe mais mercado.

Estabelecidas essas premissas, cabe agora demonstrar como esse processo modernizador violento – globalização e avanço do capital – opera sob o campo e, especificamente, sobre a agricultura familiar que direciona, nesta esteira, seus esforços para o cultivo do dendê.

3 UM IMPORTANTE PANO DE FUNDO: A GLOBALIZAÇÃO

Nesta seção tem-se por objetivo demonstrar que o processo de expansão do dendê na Amazônia, bem como suas consequências, não são aleatórios, tampouco estão desconectadas do mundo ou do resto do país. Ainda que essa região pareça um universo distante, intocado e puro, ela não está afastada da globalização e da expansão dos mercados.

Ianni (2014) sustenta que a globalização é um novo ciclo de expansão do capitalismo, tanto como modo de produção quanto como um processo civilizatório, além disso, emerge uma sociedade global como uma totalidade abrangente, complexa e contraditória.

No contexto atual, o desenvolvimento do modo de produção capitalista ganha um novo impulso, baseado em novas tecnologias, criação de novos produtos, recriação da divisão internacional do trabalho, mundialização dos mercados, dentre outros. (IANNI, 2014)

Assim, as forças produtivas básicas espalham-se pelo mundo, alheias a limites da geografia, história e cultura, enfim, sua articulação e sua contradição aumentam cada vez mais. O capital se tornou completamente alheio a questões ideológicas, instala-se onde lhe for mais vantajoso, adquire proporções universais. (IANNI, 2014)

Mas afinal, por que dizer que a globalização é também um processo civilizatório? A resposta é simples, apesar das consequências desastrosas, é um processo civilizatório pois atropela outras formas sociais de vida e trabalho, alterando profundamente os modos de ser, pensar, agir e imaginar. Constitui-se, assim, de um processo fortemente violento que busca uma uniformização da racionalidade em torno de princípios baseados, sobretudo, no mercado desconsiderando em larga medida aspectos ideológicos ou sociais.

Além de processo civilizatório, a globalização também implica em uma profunda redistribuição internacional do trabalho, em outros termos, agora os conglomerados econômicos, indústrias, comércios, o mercado como um todo, não ficam mais restrito a centros antes considerados mais importantes. O capital se espalha, fazendo “florescer” novos centros por todo o globo.

Segundo Ianni (2014), neste contexto as empresas, obedecendo a requisitos de produtividade, agilidade e capacidade de inovação são obrigadas a se reestruturar, abandonase o fordismo em busca de modelos mais flexíveis e mais produtivos.

Do ponto de vista do trabalhador, surgem novas formas de organização social e técnica do trabalho, forma-se a figura do “trabalhador coletivo desterritorializado”. Com os meios eletrônicos praticamente tudo também se torna desterritorializado. Há a impressão do mundo como uma grande fábrica. Assim, não só se mundializam os mercados de produção, como se cria uma demanda em todo canto por mão-de-obra barata promovendo migrações em todas as direções. Cria-se um contingente de desempregados mais ou menos permanentes, uma espécie de subclasse, por todo o mundo. (IANNI, 2014)

Aliás, importante notar, que o trabalho – sobretudo quanto bem organizado, escasso, bem pago e politicamente influente – se constitui como um forte entrave ao acúmulo de capital sendo, portanto, uma barreira a ser superada através de medidas como imigração, investimento em tecnologia, supressão do trabalho organizado por meio da força ou de políticas de arrocho que possam desencadear em desemprego e a migração do capital para onde exista excedente de mão-de-obra. (HARVEY, 2011)

É interessante afastar um pouco do objetivo central do tema para resgatar elementos históricos que podem nos servir de importante lição, sobretudo, no tocante ao uso indiscriminado da tecnologia como forma de substituição da mão-de-obra humana.

Referimos-nos especialmente a questão dos negros nos Estados Unidos da América. Conforme Rifkin (2004) Esta população acabou sendo duplamente substituída pela máquina e, posteriormente, jogada nos guetos, marginalizados como uma subclasse dependente de programas sociais.

Duplamente substituída pelas máquinas, pois, ao viverem em situação precária como meeiros - analogamente à escravidão - nos campos de algodão do Sul, foram substituídos, na década de 1940, pelas colheitadeiras que, sozinhas, realizavam o trabalho de 50 pessoas, como não tinham propriedade da terra acabaram expulsos, desempregados e despossuídos migraram massivamente para as grandes cidades em busca de emprego na indústria que também enfrentava um processo de automação. Rifkin (2004, p. 75) traz como exemplo que em 1960

“apenas 67 negros estavam entre os mais de 11 mil operários qualificados na folha de pagamento” da General Motors.

O fato é que:

> Com a introdução das máquinas automatizadas, foi possível substituir, a um custo menor e por formas inanimadas, milhões de afro-americanos que, durante muito tempo, permaneceram na base da pirâmide econômica, primeiro como escravos nas lavouras, depois como meeiros e, finalmente, como operários não qualificados nas fábricas e forjarias do norte. (RIFKIN, 2004, p. 79)

Segundo Rikin (2004) naquele momento - com a automação - pela primeira vez na história os negros foram desnecessários e, lamentavelmente, descartados:

> Derrotados e esquecidos, milhares de americanos negros urbanos extravasavam sua frustração e raiva tomando as ruas dos guetos urbanos em todo o país. (…) Após os tumultos de Watts, um dos habitantes locais fez uma advertência lacônica que exprimia a ira há tanto tempo reprimida e que havia desencadeado o tumulto. “Os brancos”, declarou, “pensam que podem simplesmente encurralar as pessoas em uma área como Watts e depois esquecê-las. Não funcionou”. (RIFKIN, 2004, p. 79)

Tais fenômenos históricos irradiam seus efeitos até os dias de hoje. Milhares de negros norte-americanos permanecem como subclasse, a margem da economia global da alta tecnologia. Fato este percebido por Sen (2010) que relata o quanto os negros americanos são discriminados em relação ao brancos, notadamente, o quanto vivem menos em relação aos brancos. Contudo a razão do problema, que é histórico e tem relação direta com o mercado, não é abordado pelo autor. Resume-a ao fato de que tem menos liberdade, o que é deveras óbvio, contribuindo apenas como um dado estatístico. De certa forma, essa visão parcial entra em confronto com a própria ideia de se conceber o desenvolvimento como algo amplo e multifacetado.

Nesse contexto, não é difícil perceber o interesse em dissolver os sistemas camponeses tradicionais e autossuficientes, por exemplo, como meio de resguardar um excedente de trabalhadores através da mobilização de populações inteiras que ainda não foram proletarizadas. Trata-se, pois, do fomento à manutenção – ou expansão – de um exército industrial de reserva, ou seja, a

contínua disponibilidade de força de trabalho como um dos elementos essenciais para a produção da mercadoria capitalista. (HARVEY, 2011)

O fenômeno da globalização vai além, a noção e a força clássica do estado-nação, por exemplo, não ficam alheias a esse processo, também experimentam um declínio substancial. Os centros de poder tanto regionais quanto globais acabam por impor diretrizes aos Estados, flexibilizando ou mitigando, o significado de soberania. O próprio exercício da cidadania também não fica mais imune aos interesses globais. Além disso, o fenômeno de regionalização, colocado como uma exigência da globalização visando fortalecer o estadonação através da integração, atende muito mais a interesses de ordem econômica de modo a colocá-los em melhor condição na dinâmica global. (IANNI, 2014)

O fato é que não são mais os Estados que ditam o ritmo e seus próprios rumos, conforme as empresas, corporação e conglomerados transnacionais moldam a globalização:

> Desenham as mais diversas cartografias do mundo, planejadas segundo as suas próprias políticas de produção e comercialização, preservação e conquista de mercados, indução de decisões governamentais em âmbito nacional, regional e mundial. (IANNI, 2014, p. 16)

Nesse sentido, historicamente, como aponta Loureiro (2009) a região amazônico sempre foi vista como um espaço mais que favorável para a geração de riqueza a ser explorada pelos mais diversos povos. Portanto, o enfoque dado e os modelos de desenvolvimento pensados sempre possuíram um viés notadamente econômico, desprezando manifestações produtivas locais e tradicionais em busca de mais lucratividade em atividades capitaneadas por alguns poucos.

> Privilégios, concentração de renda e excludência social estiveram sempre colados às políticas do Estado e ao modelo de exploração da região, como marcas permanentes, seja antes da borracha ou depois dela. Essa posição permanece até os dias atuais, através de diversos produtos e sob os mais variados contextos sociais e históricos. (LOUREIRO, 2009, p. 41)

Assim, fica bastante claro que o meio rural em geral e o amazônico em específico não estão alheios a esse processo. Vem sendo profundamente afetado. De modo que, pelo exposto, fica claro que todas as decisões pensadas para o

campo refletem, invariavelmente, interesses globais e nacionais mais complexos, nem sempre vinculados aos interesses e aspirações locais.

4 A DISSOLUÇÃO DO MUNDO AGRÁRIO

Como destacado alhures, as condições de vida e de trabalho no espaço rural também sofrem transformações sem precedentes no mundo contemporâneo. Com a expansão do capitalismo global, o espaço rural perde parcela de sua importância. Não deixa,obviamente, de existir, mas como aduz Ianni (2014, p. 37) passa a pesar "[…] pouco no jogodas forças decisivas nas configurações e nos movimentos da sociedade como um todo […]".

Desse modo, pode-se afirmar que a globalização do capitalismo está provocando a dissolução do mundo agrário, o final triunfo do campo sobre a cidade que passa, diferente do que ocorrera até o século XX, a ser o motor principal da história.

Os fatos que o levam a tal visão passam pela crescente industrialização e urbanização do espaço rural caracterizados pela grande tecnificação, maquinização e quimificação de todo o modo de trabalho bem como a alteração profunda dos modos de vida, padrões e valores sociais, secularização do comportamento e individualização. (IANNI, 2014)

Nesse contexto, quem passa a ditar a marcha são os grande conglomerados transnacionais que reúnem uma ampla gama de poderes tanto políticos como de influência no imaginário do consumo. Sendo, portanto, decisivos até em questões de uso do solo e na orientação das atividades agrícolas, pautando-se nas estratégias definidas por essas transnacionais com o escopo, obviamente, capitalista, transformando-se hábitos tradicionais, estimulando o consumo e a produção daquilo que for mais lucrativo. (IANNI, 2014)

Há, portanto, a racionalização de toda a cadeia produtiva no mundo agrário, voltado para preocupações como aumento da produtividade, lucro e mais-valia.

Nota-se que a pequena propriedade ainda é importante, não desapareceu, contudo, sua atividade se desenvolve, na maioria dos casos, atrelada à dinâmica da grande empresa que pode lhe fornecer assistência técnica, créditos, além de assegurar a compra da produção.(IANNI, 2014)

Ponto que merece grande destaque, pela íntima relação com o estudo proposto, é a relação que Ianni (2014) estabelece entre as pequenas propriedades familiares e as técnicas capitalistas de subcontratação, flexibilização e terceirização, assim, a grande empresa delega tudo aquilo que pode ser delegado.

Como manifestações transformação do espaço agrário, pode-se destacar os seguintes processos que o desencadeiam: (1) "[…] o capitalismo revoluciona o mundo agrário ao desenvolver-se extensiva e intensivamente pelos países e continentes, ilhas e arquipélagos" (IANNI, 2014, p.42); (2) "[…] ocorre a substituição parcial ou até mesmo total de matériasprimas de origem agropecuária por matérias-primas produzidas pela indústria química" (IANNI, 2014, p.42); todas as novas técnicas de produção – tanto em maquinários quanto em produtos químicos – reduzem "[…] drasticamente o contingente de trabalhadores rurais, compreendendo famílias, vizinhanças, bairros, patrimônio, colônias, vilas etc. no campo" (IANNI, 2014, p.43).

Além disso, observa-se que:

> As técnicas e os processos de trabalho, assim como os padrões e os valores socioculturais envolvidos na organização da vida social, modificam os horizontes de uns e outros, aproximando-os cada vez mais dos urbanos, nacionais, internacionais, transnacionais, cosmopolitas. A televisão, o rádio, o telefone celular, o fax, a DDD, o computador aos poucos tornam-se cotidianos e prosaicos em muitos lugares. Aos poucos, a cidade não só se impõe sobre o campo, subordinando-o, como o absorve e, em muitas situações, o dissolve. (IANNI, 2014, p.43)

As transformações quanto aos processos de trabalho e de produção também refletem nas formas de sociabilidade, nas instituições sociais, em padrões e valores socioculturais, posto que, consoante Ianni (2014, p. 47), "[…] intensifica-se e generaliza-se a subsunção real do trabalho ao capital, ainda que se recriem formas de organização do trabalho e produção que parecem apresentar características de 'autonomia'".

Outro aspecto que merece destaque é a apropriação privada e sua consequente exploração econômica, pelo grande capital, de terras – que antes eram públicas – em que a vida tradicional habitava e se desenvolvia. Ribeirinhos, indígenas, quilombolas, etc., foram e ainda são submetidos a condições de exploração e subordinação, quando não desaparecem por completo. Assim:

> Esses novos capitais conferiram ao modelo exportador de produtos semielaborados ou *in natura* um novo impulso e dinamismo sem alterar suas características históricas básicas: a) a excludência social, já que as camadas pobres e os moradores naturais ficaram de fora dos benefícios concedidos aos investidores; b) pouca diversificação das atividades econômicas e dos processos produtivos, uma vez que os produtos incentivados - madeira, gado, etc. -, tal como no passado distante (com raras exceções) continuam sendo pouco industrializados, o que resulta numa reduzida divisão do trabalho e numa baixa geração de emprego; c) concentração de renda, devido às mesmas razões. (LOUREIRO, 2009, p. 43)

Tais consequências são fortemente agravadas pelos processos descritos por Ianni (2014), já referidos anteriormente. Nesse contexto, segundo Ianni (2014) acabam as contradições entre campo e cidade na medida em que esta transforma radicalmente o significado do que considerávamos como campo. A contradição resolve-se, portanto, pela supressão, pela violência. De modo que:

> Visto como processo civilizatório, o capitalismo revoluciona as condições de vida e trabalho em sítios e fazendas, minifúndios e latifúndios (…). O que permanece é o bucólico, a nostalgia da natureza, a utopia da comunidade agrária, camponesa, tribal, indígena, passada, pretérita, remota, imaginária. (IANNI, 2014, p.50)

Resta, então, descrever como os fenômenos descritos até aqui se aplicam à realidade da exploração e disseminação da cultura da palma do dendê na região amazônica.

5 OS “EMPRESÁRIOS” FAMILIARES DO DENDÊ

O intuito desta seção é continuar o debate apresentado acima, no sentido de demonstrar como a globalização do grande capital chega a região amazônica, especificamente pelo estímulo a atividade do dendê – importante lembrar que esse fenômeno não ocorre apenas com o dendê, tampouco é uma realidade recente –,

com a dissolução do espaço agrário e, sobretudo, a perda de sentido da figura do camponês, exemplificam-se como um das formas de violência oriundas do avanço do capitalismo como um processo civilizatório.

5.1 O PAPEL DO ESTADO BRASILEIRO NO ESTÍMULO AO CULTIVO DA PALMA DO DENDÊ

A primeira condição importante a se considerar é que desde 2005 o Estado brasileiro vem demonstrando preocupação – ao menos no plano do discurso – com relação a fontes alternativas viáveis e sustentáveis que possam reduzir a dependência dos combustíveis considerados fósseis e que contemplem, também, o desenvolvimento regional.

Em 2005, através de um esforço interministerial capitaneado pelo Governo Federal, criou-se o Programa Nacional de Produção e Uso de Biodiesel – PNPB. O objetivo central do programa é implementar formas sustentáveis de produção de biodiesel, a partir das mais diversas fontes oleaginosas e que contemplem e promovam inclusão social. Na esteira desse programa, como suporte financeiro, para todas as fases de produção, aparece o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. E, com relação ao financiamento à agricultura familiar, em especial, o principal ator é o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Pronaf.

Seguindo a inspiração do PNPB em 2010 foi lançado o Programa de Produção Sustentável de Óleo de Palma no Brasil. As diretrizes do programa, curiosamente, passam pela preservação da floresta e da vegetação nativa, bem como a integração da produção da palma com a agricultura familiar.

Portanto, fica bem caracterizada a intervenção do Estado no sentido de estimular a produção desse tipo de *commodities*. Mais uma vez na história do Brasil a opção de desenvolvimento vêm de fora, em descompasso com as vocações locais e inspiradas sobretudo, no valor do produto no mercado externo.

Tal descompasso e a histórica desconsideração do Estado para com a região favorecem o apetite do capital externo que:

> […] seus limites físicos e territoriais na Ásia, isto é, no velho continente a terra para plantar dendê tornou-se escassa, por isso expande-se para África e América Latina, onde na Amazônia, encontrou territórios rurais deprimidos (ORTEGA, 2008), isto é, espaços historicamente esquecidos nas políticas de estado para o meio rural, caracterizados por baixo IDH, IDEB, altos índices de beneficiários pelo programa bolsa família, serviços de transporte, saúde, educação, saneamento, dentre outros, mais precários do que os encontrados nas áreas urbanas dos municípios. (NAHUM & BASTOS, 2014, p. 473)

A intervenção estatal na garantia do mercado ao dendê vai além. O Governo Federal, através da Lei nº. 11.097 de 2005, por exemplo, estabelece a obrigação de adição de determinado percentual de biodiesel ser comercializado.

Portanto, tais medidas, dentre muitas outras que fogem ao escopo do presente estudo, solidificam as bases para que o dendê – dentre outros oleaginosos – possam se espalhar pelo país, (des)integrando a agricultura familiar ao agronegócio.

5.2 OS DESAFIOS DOS “EMPRESÁRIOS” DO DENDÊ NA AMAZÔNIA

Resta claro o papel do Estado no cultivo do dendê no Brasil. Cabe, então, elucidar como a atividade ocorre através da realidade observada pelos diferentes estudos que se desenvolvem na região sobre o tema.

O primeiro aspecto a considerar é sobre o ritmo de trabalho assumido pelas famílias que se tornam produtoras do dendê, nesse sentido:

> Os números decorrem da contabilidade gerencial das empresas, segundo a qual, para ser lucrativo, o empreendimento deve manter o patamar de um trabalhador a cada 10 hectares, ou seja, cada trabalhador e unidade familiar cuidará de 1.430 plantas. Isso torna o trabalho na dendeicultura profundamente exaustivo, pois desde a aquisição e transporte das mudas, preparo de área, plantio, tratos culturais, colheita, transporte até a agroindústria e processamento tudo demanda esforço físico. (NAHUM & BASTOS, 2014, p. 476)

Trabalho exaustivo que, aliado a natureza da palma do dendê, fazem com que às famílias não tenham como cultivar outras espécies como a mandioca, feijão,

etc., portanto, o que antes extraíam para sua subsistência, agora devem buscar no mercado, tornam-se consumidores, sujeitam-se a uma nova lógica sensivelmente diversa daquela que sempre viveram. Nesse sentido, Nahum e Bastos (2014, p. 478) esclarecem que "[…] a pluriatividade característica da unidade familiar camponesa, provavelmente, tende a ceder espaço para a especialização produtiva".

Esse é apenas um dos aspectos ou consequências da expansão do dendê sobre a agricultura familiar. Outra consequência importantíssima que pode ser notada nesse contexto é referida por Ianni (2014) como a criação de formas de organização do trabalho e produção que se revestem sob um manto de autonomia e que decorrem, também, do processo de globalização do grande capital.

Trata-se de um fenômeno de importante repercussão não apenas socioeconômica como também jurídica já que se escondem relações eminentemente trabalhistas sob contratos de parceria entre agricultores familiares, supostamente autônomos, e as grandes empresas que fazem o processamento do dendê. Assim, firma-se um contrato em que apenas em teoria as partes são livres e iguais.

É importante, portanto, trazer com base em relatórios apresentados pela ONG Repórter Brasil (2010 e 2013) alguns outros elementos sobre a nova realidade desses "empresários" familiares do dendê como meio de elucidar – e trazer a o assunto a público já que os próprios agricultores não tem voz nem espaço para tal – às relações de violência acobertadas por essas novas formas de abuso de poder econômico, desrespeito à legislação social e violação de direitos fundamentais.

Um fator importante e a ser considerado é que por mais que se respeitem, em tese, do ponto de vista meramente formal, todos os requisitos legais para a elaboração de um contrato, as cláusulas ali inseridas demonstram uma substancial diferença de pesos entre as partes contratantes.

Nesse sentido, por mais que exista certo grau de flexibilização, as empresas determinam, por exemplo, que a terra – lembre-se, propriedade das famílias – deve ser destinada exclusivamente para a produção do dendê.

Além disso, há exigência de que as portas da pequena propriedade estejam sempre abertas para a entrada de técnicos e fiscais da empresa. O objetivo

dessa medida, nada mais é do que manter um rígido controle sobre todas as práticas do agricultor para com o solo.

A exigência alcança, ainda, a necessidade de intervenção do comprador no tocante a orientações de quando, como, onde e em que condições o produtor deve realizar o plantio e a colheita. Assim, é a empresa quem determina todas as especificações técnicas, ambientais e de saúde ocupacional a serem observadas pelos agricultores.

Nota-se, talvez como um dos aspectos mais graves envolvidos, que são as empresas que definem, unilateralmente, o preço a ser pago pelo produto, obviamente, a partir de interesses e jogos de preço do produto no mercado internacional. Do valor total, bruto, ainda são descontados os gastos, por exemplo, com o adubo fornecido pela empresa, bem como, eventuais penalidades aplicadas aos produtores previstas contratualmente e aplicadas sob o arbítrio da compradora.

Em tal contexto, afirma Bastos e Nahum (2014, p. 479) que

> As unidades familiares associadas aos projetos de agricultura familiar de dendê não perdem a propriedade jurídica da terra, tampouco as pessoas tornam-se assalariados das empresas; em suma, continuam proprietárias da terra enquanto meio de produção e força produtiva e sua força de trabalho não é vendida à empresa. Porém, quem determina e comanda os uso dessa terra são as empresas; a terra, por meio de contratos entre partes "juridicamente iguais" e em comum acordo, transformou-se em território usado pelo dendê.

Portanto, fica evidente que existem claras relações de natureza trabalhistas desconsideradas com o intuito de burlar a legislação pátria e violar o direito dessas famílias. Tais práticas podem suscitar o questionamento sobre eventuais vínculos trabalhistas e, até mesmo, em alguns casos, a prática do uso de trabalho análogo ao escravo. Contudo, são debates que superam o escopo do presente estudo. Como ilustração a tudo o que foi referido até aqui, lança-se mão do relatório do Repórter Brasil (2010, p. 10) traz depoimentos de uma das famílias de agricultoras do dendê:

> "Até hoje não conseguimos juntar dinheiro para comprar uma moto", diz Sergio. Somando os descontos de 50% da produção que são retidos para quitação das dívidas e pagamento do adubo, a família ainda tem outros gastos extras, explica o agricultor, como a poda do dendezal – "a poda tem que ser feita por especialistas, gastamos

> cerca de R$ 800" -, o frete do transporte que leva a produção à empresa e o pagamento de pessoas para aplicar veneno na área para controlar o mato. "No final do mês, acabam sobrando 400, 500 reais. Isso para uma família de 13 pessoas não dá".

Além dessa realidade de imposição e descontos, que mais parece um resgate das velhas práticas – travestidas de modernidade – como a do aviamento já muito conhecido na Amazônia, cabe relatar a percepção dessa família sobre o ritmo de trabalho bem como o poder das empresas contratantes:

> "Quando eles trazem o adubo, temos obrigação de aplicar. Se não fizer o que eles mandam, se não passar veneno ou podar, eles seguram o nosso dinheiro no banco. Aqui tem cinco fiscais (técnicos da empresa) que ficam controlando tudo", diz a agricultora. Sua família é uma das que não manteve as roças de culturas alimentares "porque não dá para fazer as duas coisas ao mesmo tempo". (REPÓRTER BRASIL, 2010, p. 20)

Nota-se, portanto, que não há como falar – ao menos em boa parte dos casos – que os contratos de parceria firmados entre o agricultor e as empresas sejam revestidos, do ponto de vista material, dos requisitos necessários a celebração de contratos. Princípios básicos que devem reger os contratos como a autonomia de vontade, a boa-fé, o consensualísmo, por exemplo, são claramente afetados no contexto aqui apresentado.

Assim, a prática dos contratos de parceria são, antes, instrumentos utilizados com o intuito de legitimar práticas de subcontratação, flexibilização e terceirização que se assemelham – e muito – com práticas escravagistas antigas. O grande capital, com o intuito de garantir a maximização dos lucros e da produção como forma de se posicionar competitivamente no mercado externo, sem limites e com a anuência tácita do Estado, acabam por delegar e transferir para os outros, tudo o quanto podem para reduzir gastos, ainda que o preço seja a violação da legislação pátria e, principalmente, a violação de direitos fundamentais.

CONCLUSÕES

Buscou-se demonstrar neste estudo o cenário de violência enfrentado pela famílias tradicionais que, praticamente do dia para a noite, são "convertidas" de

um modo de vida essencialmente camponês, ou seja, responsáveis basicamente pela produção de subsistência e venda de excedentes para uma vida pautada nos ditames e exigências do mercado.

O discurso que estimula essa transformação é basicamente um incentivo a liberdade e a aderência ao um modo de vida que permite dentre outras coisas, uma maior autonomia, tranquilidade e segurança frente as instabilidade e sazonalidades de uma vida que historicamente sempre foi muito sofrida e incerta.

Em outros termos, joga-se com a ingenuidade e, muitas vezes, o desespero dessas famílias já que a realidade que se apresenta vem se mostrando bastante diferente das promessas.

Trata-se de um processe que, em termos históricos, é muito novo. As consequências ainda não estão completamente colocadas quer do ponto de vista social, quer pelo viés ambiental da introdução de uma vegetação estranha à Amazônia. Portanto, o presente estudo objetivou trazer a questão ao debate. Explorar o tema para que seja possível aprofundá-lo em um, ou algum, dos múltiplos elementos que comporta.

Além disso, pretendeu-se trazer um problema do dia-a-dia dessas pessoas que são completamente invisibilizadas. O poder público quando não é completamente omisso fornece alternativas incompatíveis com as reais vocações locais, pautadas em interesses exógenos, do grande capital. A mídia, por seu turno, mantém-se alheia a questão ou por pura desinformação ou motivada pelas carteiras comerciais que conduzem a pauta jornalística. A academia de Direito, em especial, segue preocupada quase que exclusivamente com os manuais e com o resquício de arrogância que a faz míope para as mazelas sociais, como se fosse possível um direito sem perceber a sociedade.

Trata-se, finalmente, de um problema sério a medida que a legislação pátria é rasgada pelos grandes conglomerados econômicos que se valem de contratos de parceria para encobrir técnicas ilegais de subcontratação de mão-de-obra.

Portanto, resta-nos aprofundar o debate, fazer a sociedade perceber o que acontece aos nossos vizinhos, chamar atenção ao Estado para que atue fortemente nos casos evidentes de violação aos direitos fundamentais dos envolvidos, com as punições e correções adequadas. Não pode, nestes casos e em tantos outros, prevalecer o discurso hipócrita de liberdade contratual diante de situações materiais tão discrepantes entre os compradores e vendedores.

REFERÊNCIAS

HARVEY, D. **O enigma do capital**: e as crises do capitalismo. São Paulo: Boitempo, 2011.

IANNI, O. **A era do globalismo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

LOUREIRO, V. R. **A Amazônia no século XXI**: novas formas de desenvolvimento. São Paulo: Empório do Livro, 2009.

NAHUM, J. S.; BASTOS, C. dos S. Dendeicultura e descampesinação na Amazônia Paraense. **CAMPO-TERRITÓRIO**: revista de geografia agrária, v. 9, n. 17, p. 469-485,abr. 2014

REPÓRTER BRASIL. **A agricultura familiar e o programa nacional de biodiesel**: Retrato do presente, perspectivas de futuro [2010]. Disponível em: <http:// reporterbrasil.org.br/documentos/AgriculturaFamiliar_Biodiesel2010.pdf>. Acesso em 14nov. 2014.

REPÓRTER BRASIL. **Expansão do dendê na Amazônia brasileira**: elementos para uma análise dos impactos sobre a agricultura familiar no nordeste do Pará [2013]. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/documentos/Dende2013.pdf>. Acesso em 14 nov. 2014.

RIFKIN, J. **O Fim do Empregos**: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo. São Paulo: M.Books, 2004.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

ŽIŽEK, S. **Violência**. São Paulo: Boitempo, 2014.

_________. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.872 – PI, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 01/08/2011. 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

CIMADON, Aristides. **Autonomia dos estados federados e direito educacional.** Florianópolis: Conceito Editorial; Joaçaba: Unoesc, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Dworkin_DireitosSerio.pdf. Acesso em: 19 de maio de 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HORTA, Raul Machado. **Natureza do poder constituinte do Estado-Membro**. Publicado no nº 85 – Janeiro – Março de 1988 da Revista de Direito Público, 1988. Disponível em: file:///C:/Users/asus/Downloads/11410.pdf. Acesso em: 03 de fevereiro de 2015.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5ª edição revisada e atualizada por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

IVO, Gabriel. **Constituição estadual**: competência para elaboração da Constituição do Estado-Membro. Max Limonad, 1997.

LEONCY, Léo Ferreira. **"Princípio da simetria" e argumento analógico**: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente.

2011. 182 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011.

LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de constitucionalidade estadual**: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-Membro. São Paulo: Saraiva, 2007.

LIMA, Tatiana Maria Silva Mello de. **O federalismo brasileiro**: uma forma de estado peculiar. 2008. Disponível em: http://portal.estacio.br/media/3327503/10-o-federalismo-brasileiro-uma%20forma-estado-peculiar.pdf. Acesso 01 de abril de 2015.

MARANHÃO. **Constituição do Estado do Maranhão**. Disponível em: http://legislacao.al.ma.leg.br:8080/ged/cestadual.xhtml. Acesso em 09 de janeiro de 2014.

MARINS, Leonardo. Limites ao princípio da simetria. In: SOUSA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Livraria e Editora Lumen Juris, 2009.

MELO, Adriana Zawada. **A limitação material do poder constituinte derivado**. 2008. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ZawadaM.pdf. Acesso em 02 de fevereiro de 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ª edição. Revisada e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. Federação brasileira: necessidade de fortalecimento das competências dos Estados Membros. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Estado constitucional e organização do poder**. Saraiva, 2010.

PERSPECTIVAS DA EXPERIÊNCIA DA LEI 8.742/93 PARA O SISTEMA NACIONAL DE CULTURA: RELAÇÕES FEDERATIVAS E MECANISMOS DE TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS

Rafael Nascimento Lima de Freitas[175]

Resumo: Este trabalho tem por força fornecer argumentos teóricos introdutórios que apontem para o fortalecimento do Sistema Nacional de Cultura frente à análise das experiências nas relações federativas e nos mecanismos de transferências de recursos nas experiências de outros sistemas, como é o caso do Sistema Único da Assistência Social (SUAS), regido pela lei 8.742/93 e por sua Norma Operacional Básica (NOB). O presente estudo tem como objetivos específicos: estabelecer as condições das relações interfederativas no SUAS, bem como fornecer argumentos à implementação do mecanismo fundo-a-fundo de transferência de recursos no Sistema Nacional de Cultura A metodologia a ser utilizada baseia-se na análise será o estudo de caso, verificando-se os pressupostos de funcionamento do SUAS, a fim de se estabelecer condições para o fortalecimento da experiência do Sistema Nacional de Cultura, tendo portanto análise específica na lei 8.742/93 e na Norma Operacional Básica do SUAS. Desta forma, foi possível obter as seguintes conclusões: adoção do regime de gestão compartilhada, adotando-se o modelo de cofinanciamento e cooperação entre os entes federados de forma articulada; uso de índice Índice de Gestão Descentralizada (IGD) como meio de cálculo de montante para repasse de recursos; estabelecimento de mecanismo de transferência fundo-a-fundo de Fundo Nacional para Fundo Estadual e Fundo Municipal, mecanismo este que opera de forma automática desde que preenchida as seguintes condições: efetivo funcionamento do Conselho de Assistência Social (CAS), do Fundo de Assistência Social, do Plano de assistência Social e efetiva comprovação

---

[175]Estudiante del IBMEC con línea de investigación en "Políticas Públicas y Gestión de Gobierno" en la Fundação Casa Rui Barbosa, lector y suscriptor de Harvard Law Review. Asistente de investigación de los profesores Marcello Ciotola (UERJ) y Vicente de Paulo Barretto (UNISINOS). Asistente de Profesor del IBMEC en la Asignatura "Introducción al Estudio Del Derecho" bajo la guia de la Prof. Dra. Vânia Siciliano Aieta.

orçamentária dos recursos destinados à assistência social e seu alocamento no FAS.

Palavras-chave: federalismo; fundo a fundo; Sistema Nacional de Cultura.

Zusammenfassung: Dieses Papier wurde gemäß bieten einleitenden theoretischen Argumente, die zur Stärkung des Nationalen Systems für Kultur verweisen uns auf die Analyse von Experimenten in föderativen Beziehungen und Ressourcentransfermechanismen auf den Erfahrungen von anderen Systemen, wie beispielsweise die Single System Social Services (SUAS), durch das Gesetz 8.742 / 93 und seine Grund Operational Norm (NOB) geregelt. Diese Studie hat folgende Ziele: die Bedingungen der interfederativas Beziehungen im ITS aufzubauen und liefern Argumente für die Durchführung des Fonds zu Fonds Ressourcentransfermechanismus in der nationalen Kultur-System Das zu verwendende Methodik wird auf der Grundlage der Analyse werden die Fallstudie, die Überprüfung der Betriebs Annahmen der SUAS, um die Voraussetzungen für die Stärkung der Erfahrung des Nationalen Kultursystem und damit spezifische Analyse im Gesetz 8.742/93 und der Grund Operational Norm seiner etablieren. So war es möglich, die folgenden Schlussfolgerungen zu erhalten: Annahme von gemeinsamen Management-System, die Annahme des Modells der Kofinanzierung und Zusammenarbeit zwischen den Bundesämtern koordiniert; Nutzung der dezentralen Verwaltung Index Index (IGD) als Mengenberechnungsmittel zur Übertragung von Mitteln; Transfermechanismus Gründungsfonds-to-Fonds Nationalen Fonds für Staatsfonds und Municipal Fund Dieser Mechanismus arbeitet automatisch, da erfüllt die folgenden Bedingungen: effiziente Arbeitsweise des Rates für Sozial- Service (CAS), der Sozialhilfefonds Die Social Care Plan und bewährt Haushaltsmittel für die Sozialhilfe und ihre Aufteilung in FAS.

Stichwort: Föderalismus; Fonds zu Fonds; Nationale System der Kultur.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por força fornecer argumentos teóricos introdutórios que apontem para o fortalecimento do Sistema Nacional de Cultura (SNC) frente à análise das experiências nas relações federativas e nos mecanismos de transferências de recursos nas experiências de outros sistemas, como é o caso do Sistema Único da Assistência Social (SUAS), regido pela lei 8.742/93 e por sua Norma Operacional Básica (NOB).

Tal estudo mostra-se necessário frente á consolidação do Sistema Nacional de Cultura, a partir das modificações na Constituição Brasileira e na legislação infraconstitucional no tocante ao direito à cultura, garantindo-lhe um sistema próprio, a ser construído em conformidade com as diretrizes postas pelo Ministério da Cultura no documento "Estruturação, Institucionalização e Implementação do Sistema Nacional de Cultura", o qual sugere a sua formação estrutural nos moldes dos sistemas da saúde (SUS) e da assistência social (SUAS), sendo este último o objeto deste estudo.

O presente trabalho tem como objetivos específicos: estabelecer as condições das relações interfederativas no SUAS e fornecer argumentos à implementação do mecanismo fundo a fundo de transferência de recursos no Sistema Nacional de Cultura.

A metodologia a ser utilizada baseia-se na análise será o estudo de caso, verificando-se os pressupostos de funcionamento do SUAS, a fim de se estabelecer condições para o fortalecimento da experiência do Sistema Nacional de Cultura, tendo portanto análise específica na lei 8.742/93 e na Norma Operacional Básica do SUAS.

O desenvolvimento do trabalho, especificamente, abrangeu o método de levantamento e análise de material bibliográfico relativo à relações federativas, mecanismos de transferências de recursos e legislação pertinente sobre o tema, além de levantar os critérios de repartição de recursos federais de outros sistemas estruturantes de políticas públicas para o aprimoramento da experiência federativa do SNC, bem como aproveitou-se da realização de encontros para debates sobre indicadores culturais, critérios de partilha, mecanismos de transferência de recursos e relações federativas para o enriquecimento da pesquisa.

OS MECANISMOS DE TRANSFERÊNCIA E O MODELO DE FEDERALISMO BRASILEIRO

O revolvimento da matriz teórica da forma do Estado brasileiro mostra-se fulcral para o estudo dos mecanismos de transferência de recursos intergovernamentais a serem propostos nos sistemas de governo, como no caso do Sistema Nacional de Cultura, uma vez que parte dos pressupostos teóricos iniciais para então aproximar-se da realidade inserida em outras experiências de sistemas de âmbitos distintos, porém inseridos no mesmo contexto factual do Sistema Nacional de Cultura.

Surgida a partir da Constituição estadunidense de 1787, MALUF (2008) afirma que o federalismo consiste em um mecanismo político-constitucional dado pela união de agentes políticos autônomos dotados de personalidade jurídica de direito público subordinados a uma soberania una e indivisível, que desde então se comprometiam a respeitar um pacto constitucional de união permanente, sendo tal mecanismo caracterizado pela auto-organização de seus Estados-membros, pela influência das vontades parciais dos Estados-membros na vontade geral e pela descentralização político-administrativa dos entes autônomos[176] estabelecidos pela Constituição de um país, necessária frente à diversidade de ordenamentos jurídicos, permitindo a coexistência de ordens político-jurídicas distintas de forma harmônica, conciliando os objetivos constitucionalmente previstos com as diversidades dos conjuntos normativos. (ZIMMERMAN, 2005)

Tal classificação se mostra necessária ao distinguir federalismo de confederação, sendo esta consistente na associação de Estados nacionais dotados cada um de soberania própria, ressalvada a possibilidade do direito de secessão entre estes Estados soberanos dado pelo vínculo associativo entre os Estados ser mais fraco do que quando relacionado ao federalismo, exteriorizando ainda pessoa jurídica de direito público perante o Direito Internacional, dotado de direitos e obrigações perante os demais sujeitos internacionais.

[176] NOVELINO (2014) sugere como desdobramento da autonomia dos Estados-membros no modelo de Estado de federação, as características de autogoverno, auto-organização, autoadministração e autolegislação dos entes federados.

Sobre a distinção a partir da complexidade entre federalismo e confederação, Zimmerman (2005) propõe 8 (oito) distinções elementares entre os dois mecanismos de configuração de um Estado, entendendo quanto à configuração, a confederação como um Estado simples de Direito Público, ao passo que a federação seria um dos requisitos de estabelecimento de um Estado dotado de capacidade de um sujeito internacional; quantos aos vínculos entre Estados, o reconhecimento dos membros da confederação dotaria os Estados-membros como soberanos, ao passo que na federação a soberania é uma e os entes federados são autônomos e submetidos à soberania una; quanto à concentração de atividades, a concentração das atividades confederativas estaria voltada para o setor externo, enquanto que a federação abrangeria amplamente a atuação seja interna, seja externa; quanto à nacionalidade, na confederação há uma nacionalidade para cidadão membro de cada ente confederado e na federação há uma mesma nacionalidade entre todos os cidadãos membros do Estado federal; quanto ao vínculo associativo, os Estados confederados ligam-se por Tratado de Direito Internacional, enquanto os Estados federativos estão ligados pelo pacto federativo constitucionalmente proposto de maneira rígida e formalizada; quanto à obediência das decisões de órgãos centrais, os entes confederados reservam-se ao direito de se opor às decisões proferidas pelo Parlamento –o que Darcy Azambuja chamaria de “direito de nulificação”- enquanto que na federação os entes federativos submetem-se às decisões proferidas pelos órgãos centrais eleitos pelo titular do Poder Constituinte, desde que respeitado o limite das competências destes entes; quanto aos órgãos de instância deliberativa, a confederação apresenta o Congresso Confederal como órgão central de decisões, tendo cada Estado soberano um representante “diplomático” nesta reunião de deliberação nas quais as decisões são tomadas por unanimidade a respeito do vínculo associativo, ao passo que na federação adota-se a separação de poderes, tendo como instâncias de deliberação o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo a instância legislativa decidida por decisão majoritária –e não por unanimidade-; quanto à previsão do direito de secessão, na confederação os entes soberanos possuem o direito de secessão,

enquanto na federação a unidade é elemento inviolável, sendo vedado pela Constituição originária o direito de secessão entre os entes federados[177].

TIPOS DE FEDERALISMO

O federalismo, dada a sua complexidade ao longo da história das Constituições ocidentais apresenta, sob o mesmo conceito, peculiaridades que permitem estabelecer uma tipologia do federalismo. Nesse sentido, quanto à formação prévia, Zimmerman (2005) propõe 2 (dois) tipos distintos de federalismo: por agregação – também chamado de federalismo por associação, Estado perfeito ou federalismo por aglutinação -e por desagregação– também chamado de federalismo por segregação, desagregação, dissociação ou Estado imperfeito. Por agregação, entende-se o tipo de federalismo originário da prévia união de antigos Estados soberanos, tendo como maiores exemplos as experiências federativas nos Estados Unidos, Alemanha e Suíça, os quais eram até então associadas por vínculo confederativo até o estabelecimento do pacto federativo. Já por federalismo por desagregação compreende-se a transformação de um antigo Estado unitário em Estado federado, sendo um típico caso de experiência federativa por desagregação o federalismo brasileiro presente na Constituição de 1891, uma vez que até então adotava-se o modelo de Estado unitário, entendido este por Azambuja (1969) como:

> aquele em que somente existe um Poder Legislativo, um Poder Executivo e um Poder Judiciário, todos centrais, com sede na Capital. Todas as autoridades executivas ou judiciárias que existem no território são delegações do Poder Central, tiram dele sua força; é ele que as nomeia e lhes fixa as atribuições. O Poder Legislativo de um Estado Simples é único, nenhum outro órgão existindo com atribuições de fazer leis nesta ou naquela parte do território”. (AZAMBUJA, 1969)

---

[177] Para a manutenção do Estado federal na Carta Magna de um dado país, TEMER (2001) sugere a necessidade de 3 (três) pressupostos fundantes, baseados na imutabilidade da cláusula constitucional da forma federativa de Estado, bem como na possibilidade do exercício de controle de constitucionalidade pela autoridade competente autorizada pela Constituição do país, além do modelo rígido de Constituição, a fim de se evitar instabilidades no modelo político-jurídico de um dado país.

Esse processo de transição do Estado unitário para o Estado federal, como aquele que ocorreu na transição da Constituição Imperial Brasileira de 1824 para a Constituição de 1891, caracteriza na tipologia do federalismo a classificação da experiência federativa em federalismo por desagregação.

No tocante à distribuição de competência dos níveis autônomos de poder, Horta (2010) faz referência ao modelo federativo dual e cooperativo, sendo o primeiro insurgente da tradição federativa clássica estadunidense, no qual há rígida repartição de competências de poderes delegados à União Federal e aos Estados federados. Tal modelo, conforme observa Zimmerman (2005), perdeu grau de importância frente ao modelo complexo do federalismo cooperativo, tendo em vista o movimento do constitucionalismo social na primeira metade do século XX, uma vez que o modelo cooperativo de federalismo garante a supremacia econômico-política da União Federal perante os Estados-membros, bem como não engendra as fronteiras da distribuição de competências entre os agentes federativos nos diferentes níveis dos órgãos autônomos, permitindo a flexibilização do órgão controlador –União Federal- no estabelecimento das relações federativas e na repartição de competências da União Federal para os demais entes autônomos federados, como fora adotado pelo Brasil com o advento da Constituição de 1934.

Apesar dos modelos modernos de federalismo adotarem o modelo cooperativo, cumpre lembrar a válida observação de Bonavides (1967) sobre o risco atrelado à adoção do modelo cooperativo quando desvinculado de um estágio prévio de Estado de Direito, sob pena de cometimento de arbitrariedades em nome da adoção do modelo cooperativo de federalismo. Ainda, é importante mencionar a observação crítica de Zimmerman (2005) sobre o modelo cooperativo de federalismo no qual para o autor não haveria propriamente no federalismo cooperativo relações federativas por coordenação, mas sim por subordinação, dada a unilateralidade da decisão proposta pela União Federal, afastando-se qualquer participação e/ou cooperação entre os entes federados em um contexto democrático –e aqui poderia entrar o mecanismo atual dos diálogos institucionais como meio de apaziguamento dessa unilateralidade- caindo em um paradoxo: Como conciliar autonomia dos entes federados com a unilateralidade decisória da União Federal? Para tanto,

Zimmerman (2005) propõe a classificação do federalismo cooperativo em autoritário –alguns cientistas políticos chamam este modelo de federalismo de federalismo de integração- e democrático, sendo o primeiro aquele contexto no qual há a imposição unilateral do órgão-cúpula nas instâncias de deliberação, já o segundo estaria caracterizado no modelo de federalismo cooperativo por consentimento entre os entes federados, na plena participação do cidadão na esfera decisória dos órgãos da federação, de forma a exercer capacidade deliberativa e de controle das decisões, protegendo minorias e maiorias, valendo para tanto a referência a Bonavides (1967), ao afirmar que:

> a juridicidade do relacionamento do poder federal com os poderes estaduais, sob a égide da Constituição Federal, elimina o autoritarismo, fazendo a confiança e a solidez do sistema na consciência dos governados. Não há, portanto, federalismo cooperativo sem o primado da Constituição. Das disposições da lei suprema brota a solidariedade dos entes constitutivos, única alternativa segura para uma integração consentida, que jamais se obteria com o federalismo cooperativo de natureza autoritária" (BONAVIDES, 1967)

Sobretudo, classifica-se ainda na tipologia federativa quanto aos desníveis no interior de um Estado em federalismo simétrico e assimétrico, sendo o primeiro modelo exemplificado na experiência estadunidense, uma vez que possui em sua ordem interna o que os cientistas políticos contemporâneos chamam de simetria fática –características dos cidadãos, dimensão territorial, desenvolvimento socioeconômico, entre outros- e simetria jurídica -igualdade de representatividade dos entes federados- em grau mais ou menos homogeneizado bem como ocorre na Suíça e no Canadá. Já quanto ao modelo assimétrico, é possível classificar a experiência federativa brasileira como federalismo por assimetria, dada a heterogeneidade que lhe é própria por natureza, tanto nas questões territoriais, sociais, econômicos e políticas.[178]

---

[178] O autor Raul Machado Horta sugere ainda a distinção entre federalismo simétrico e assimétrico sob a ordem externa, tomando o federalismo simétrico aquele que consagra as características típicas do federalismo clássico estadunidense: composição plural de Estado; repartição de competências entre governo central e governo local; intervenção federal do governo central nos Estados-membros; dualidade do Poder Judiciário e a existência de um Supremo Tribunal; existência de poder constituinte originário e derivado; organização bicameral do Poder Legislativo

Ainda, quanto à concentração de poder do governo central, é possível classificar o federalismo em centrípeto –ou centrípeto-, centrífugo –descentralizador- ou federalismo de equilíbrio, sendo o primeiro constatado quando há o fortalecimento do poder do governo central, havendo prevalência nas atribuições conferidas ao ente federado central, ao passo que o modelo de federalismo descentralizador é resultado de uma resposta a uma centralização excessiva anterior, a fim de se preservar a autonomia dos demais Estados-membros perante o governo central, ao passo que o modelo de federalismo de equilíbrio seria aquele modelo no qual há a tentativa de conciliação harmoniosa e equânime entre unidade/integração e autonomia/diversidade, por meio de um modelo equilibrado de repartição de competências entre o ente federado central e os demais Estados-membros.

Finalmente, esgotando-se a tipologia federativa proposta por HORTA (2010), o autor sugere o critério quanto às esferas de competência para classificar uma experiência federativa em federalismo típico – de 2º grau ou bidimensional ou bipartite– e federalismo atípico –de 3º grau, tripartite ou tridimensional– dado o primeiro pela existência de apenas duas esferas de competência –como no modelo estadunidense clássico de federalismo– compostas pelo ente federado central e os Estados-membros, ao passo que o modelo de federalismo atípico – aquele adotado no Brasil com o advento da Constituição de 1988– é caracterizado pela existência de 3 (três) centros de competência: competência central, regional e local –União Federal, Estados, e Municípios, respectivamente.

Assim, a partir da tipologia federativa abordada, é possível contextualizar o modelo de federalismo brasileiro, dado a partir da Constituição Brasileira de 1988, classificado da seguinte forma: quanto à formação prévia, o tipo de federalismo no Brasil caracteriza-se oriundo de desagregação; quanto à distribuição de competência dos níveis autônomos de poder, é classificado como cooperativo democrático; quanto aos desníveis no interior de um Estado, é categorizado como

---

federal. Já o modelo de federalismo assimétrico, sob a ordem externa, seria aquele em que qualquer uma das características do modelo de federalismo clássico não se fizesse presente na experiência federativa analisada, como é o caso do Brasil, o qual apresenta por exemplo não apenas repartição de competências de 2º grau, mas de 3º grau, uma vez que abrange União, Estados e Municípios.

federalismo assimétrico; quanto à concentração de poder do governo central, o modelo atual de federalismo brasileiro organiza-se como federalismo de equilíbrio e quanto às esferas de competência, coloca-se o tipo federativo brasileiro como federalismo de 3º grau.

Importa referir que a tipologia federativa adotada pelo constituinte de 1988 influi diretamente nas experiências federativas posteriores, uma vez que possibilitam a observação contextualizada dos sistemas federativos, de acordo com os fins desta pesquisa.

CRITÉRIOS DE REPARTIÇÃO DE RECURSOS NA LEI 8.742/93 (SUAS)

A lei 8.742/96, alterada pela lei 12.435/11, implementa o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) com intuito de oferecer proteção social, vigilância socioassistencial, defesa de direitos e garantia ao plano acesso das provisões socioassistenciais, sendo regida por princípios de supremacia de atendimento às necessidades sociais frente às exigências de rentabilidade, bem como pelo princípio da universalização, da dignidade, da igualdade e da publicidade, todos previstos no artigo 4º.

Em seu artigo 6º, a lei 8.742/93 estabelece o modelo de organização e gestão do SUAS, o qual opera em regime de gestão compartilhada, adotando-se o modelo de cofinanciamento e cooperação entre os entes federados de forma articulada, sendo o SUAS composto pelos entes federados, pelos conselhos de assistência social e pelas entidades e organizações de assistência social, sendo a Política Nacional de Assistência Social coordenada pelo Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Ainda, o documento legal utiliza o Índice de Gestão Descentralizada (IGD) para a metragem dos resultados de gestão descentralizada, além de incentivar a obtenção de resultados qualitativos e calcular o montante de recursos a serem repassados.

No inciso II do artigo 13 da lei do SUAS, faz-se menção expressa à adoção do cofinanciamento através de transferência automática dos recursos necessários ao aprimoramento do Sistema.

Já o artigo 18, faz menção expressa de atribuição de competência do Conselho Nacional de Assistência Social para a regulamentação dos procedimentos de repasse de recursos, bem como é competência do CNAS a aprovação dos critérios de transferência de recursos, valendo-se portanto, de indicadores que informem a regionalização de forma equitativa, mencionando indicadores como população, renda *per capita*, mortalidade infantil e concentração de renda. Entretanto, apesar do CNAS regulamentar e estabelecer os critérios e procedimentos de repasse de recursos, importa (re)afirmar, conforme o artigo 19, inciso VI, a competência para proceder á transferência dos recursos destinados à assistência social incube a Administração Pública Federal.

O capítulo V da lei 8.742/93 regulamenta o financiamento da assistência social, estabelecendo em seu artigo 29 o repasse automático dos recursos repassados pela União ao Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS). Porém, o artigo 30 da lei estabelece os requisitos para o cumprimento do repasse automático previsto no artigo 29, composto pelo efetivo funcionamento do Conselho de Assistência Social (CAS), do Fundo de Assistência Social e do Plano de assistência Social. O parágrafo único ainda estabelece que é condição para o repasse automático de recursos a efetiva comprovação orçamentária dos recursos destinados à assistência social e seu alocamento no FAS.

A Norma Operacional Básica (NOB) do SUAS adiciona mais condicionalidades ao repasse automático de recursos como a correspondência aos critérios de partilha e a observância dos níveis de gestão. Além disso, tal norma de operação ratifica o mecanismo de transferência fundo a fundo no SUAS entre FNAS e FEAS e FMAS – Fundo Nacional para o Fundo Estadual e Fundo Municipal.

A NOB do SUAS estabelece ainda os seguintes critérios de partilha para os Municípios: porte populacional nos Municípios, taxa de vulnerabilidade social por Estado, cruzamento de indicadores socioterritoriais e de cobertura, sendo estes socioterritoriais subdivididos em taxa de vulnerabilidade social municipal, receita

corrente líquida municipal per capita, recursos transferidos pelo FNAS para proteção social per capita e indicadores complementares, sendo estes últimos adotados de acordo com as especificidades de cada Município.

Assim, quanto à experiência federativa do SUAS, é possível enfatizar as seguintes premissas teóricas: a adoção do regime de gestão compartilhada, adotando-se o modelo de cofinanciamento e cooperação entre os entes federados de forma articulada; uso de índice Índice de Gestão Descentralizada (IGD) como meio de cálculo de montante para repasse de recursos; estabelecimento de mecanismo de transferência fundo a fundo de Fundo Nacional para Fundo Estadual e Fundo Municipal, mecanismo este que opera de forma automática desde que preenchida as seguintes condições: efetivo funcionamento do Conselho de Assistência Social (CAS), do Fundo de Assistência Social, do Plano de assistência Social e efetiva comprovação orçamentária dos recursos destinados à assistência social e seu alocamento no FAS.

UMA CLASSIFICAÇÃO CONCEITUAL DOS MECANISMOS DE TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS

Os mecanismos de transferência de recursos não se encontram comprimidos em legislação única, tendo sua regulação legal em diversos textos legislativos. Como meio de delimitar o objeto do estudo, propôs-se na presente análise uma tentativa de classificação conceitual dos mecanismos de transferência de recursos a partir de critérios que distinguissem os mecanismos.

É possível esquematizar o modelo conceitual dos mecanismos de transferências de recursos na legislação brasileira, proposto no trabalho a partir da seguinte forma: os mecanismos de transferências de recursos podem ser obrigatórios ou não obrigatórios. Se obrigatórios, tais mecanismos podem ser constitucionais ou legais. Se forem mecanismos obrigatórios legais, podem ser voltados ou não a um fim específico. Com a vinculação a um fim específico, para fins do presente estudo, é possível apontar para os mecanismos de transferência

automática, direta e fundo a fundo como mecanismos de transferência de recursos obrigatórios, legais, vinculados a um fim específico.

No presente trabalho, voltar-se-á para a construção teórica proposta a partir das transferências obrigatórias legais, desvinculadas de um fim específico, apontando suas similitudes e desaproximações.

O primeiro critério distintivo dos mecanismos de transferência de recursos encontrados na legislação brasileira apresenta-se com a obrigatoriedade ou não de sua adoção pelo ente federado.

A primeira possível forma de classificação são as transferências interfederativas obrigatórias, as quais são comentadas por CHAVES (2007) da seguinte forma:

> Portanto, ao se referir a transferências obrigatórias estar-se-á falando de receitas próprias, originárias, de quem as recebe em transferência, portanto, de valores cuja fiscalização da aplicação não compete ao órgão de contas do ente transferidor." (CHAVES, 2007)

Assim, as transferências interfederativas podem ser classificadas em constitucionais, quando dotadas de obrigatoriedade por determinação constitucional na qual existem parcelas constitucionalmente definidas a partir da repartição de receitas vindo de recursos arrecadados pelo Governo Federal transferidas a Estados, Distrito Federal e Municípios em razão da repartição da receitas tributárias – como os Fundos Estaduais, Municipais, do Centro-Oeste ou do Norte - ou legais, quando observa-se o cumprimento de prévia determinação legal, como as destinadas à execução de obras ou serviços de competência do estado e que, por expressa disposição de lei, estão cometidas à outros entes públicos.

Estes mecanismos de transferências interfederativas legais podem ser distinguidos quanto à sua vinculação a um fim específico ou não. Quando não há vinculação a um fim específico, a realização da transferência dos recursos é dada pela discricionariedade conferida aos Municípios para definir a correspondência de despesa dos recursos que são repassados pela União.

Já quando vinculadas a um fim específico, há obrigação no repasse recebido da União pelo ente federado, sendo possível classificar tal modelo de mecanismo de transferência de recursos em automáticas, diretas e fundo a fundo.

Nas transferências automáticas, parte dos recursos descentralizados pela União para Estados, Distrito Federal e Municípios são transferidos automaticamente para conta corrente específica aberta em nome do beneficiário, sem a necessidade de convênio, ajuste, acordo ou contrato. Essa modalidade de transferência tem sido utilizada nos repasses de recursos destinados a programas na área de educação, em especial, o Programa Nacional de Alimentação Escolar e o Programa Dinheiro Direto na Escola.

Existe certa diferença entre transferências automáticas e transferências diretas ao cidadão, uma vez que as transferências diretas ao cidadão referem-se aos programas que concedem benefício monetário mensal à população-alvo do programa. Nesta modalidade, compete ao Município a missão de operacionalizar os programas por meio de ações como credenciamento junto ao Governo Federal e a manutenção do cadastro das pessoas beneficiadas e ainda, instituir conselhos de controle social. É possível ter como exemplo de transferência direta ao cidadão o programa Bolsa Família e Programa de Erradicação do Trabalho Infantil.

As transferências diretas ao cidadão têm necessidades específicas – ainda mais específicas que as transferências automáticas- e destinam-se diretamente para o cidadão, ao passo que as transferências automáticas destinam-se aos entes da federação. Logo, ambas podem ser definidas como transferências obrigatórias vinculadas a fins específicos, mas as primeiras destinam-se tão somente aos cidadãos, enquanto que as segundas são realizadas entre os entes da unidade da federação.

Já o mecanismo de transferência fundo a fundo, é dado pelo o repasse direto por meio da descentralização de recursos diretamente de fundos da esfera federal para fundos da esfera estadual, municipal e do Distrito Federal, utilizadas nas áreas de saúde e de assistência social. Assim, tal modalidade de transferência legal dispensa a celebração de convênio, ajuste, acordo ou contrato.

Nessa modalidade de transferência, os recursos de um fundo da esfera federal são repassados para outro fundo da esfera estadual, do Distrito Federal ou municipal, como ocorre nas áreas de saúde e assistência social.

O mecanismo de transferência fundo a fundo representa um instrumento de descentralização de recursos disciplinado em leis específicas que se caracterizam pelo repasse direto de recursos provenientes de fundos da esfera federal para fundos da esfera estadual, municipal e do Distrito Federal, dispensando a celebração de convênios, mediante contrapartida dos entes federados –o que vem se chamando por "contrapartida federativa. São exemplos de fundos que atualmente operam essa modalidade de transferência são o Fundo Nacional da Assistência Social (FNAS) e o Fundo Nacional de Saúde (FNS).

Os recursos das transferências fundo a fundo destinam-se à cobertura das ações e serviços de saúde implementados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, traduzidas pelo investimento na rede de serviços, cobertura ambulatorial e hospitalar e demais ações de saúde, ao passo que os recursos oriundos das transferências automáticas são utilizados especialmente na área da educação, transferidos automaticamente para conta corrente específica aberta em nome do beneficiário, sem a necessidade de convênio, ajuste, acordo ou contrato.

É possível ainda realizar a distinção entre a transferência fundo a fundo e as transferências automáticas posto que, de acordo com as definições anteriormente aqui expostas, percebe-se que a transferência obrigatória fundo a fundo depende –preferencialmente- de lei específica para seu funcionamento pleno e continuado, e se caracteriza pela transferência entre fundos das unidades da federação, geralmente de cima para baixo. Esse entendimento pode ser reforçado pelo entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) quanto à necessidade do repasse direto aos Fundos dos entes federados, dotados de legislação própria, entendido pelo TCU da seguinte forma:

> No repasse automático e regular fundo a fundo, os valores são depositados diretamente do Fundo Nacional de Saúde aos fundos estaduais, do Distrito Federal e municipais. O depósito é feito em contas individualizadas, isto é, específicas dos fundos, e realizado previamente a sua utilização pelo fundo beneficiário. A aplicação dos

> recursos deve ser realizada conforme o disposto no plano de saúde do Estado, Distrito Federal ou Município."(BRASIL, 2000)

A caracterização da transferência fundo a fundo pode ser detalhada com a conceituação dada pela Portaria 1.378 de 2013:

> Art. 14. Os recursos do Bloco de Vigilância em Saúde serão repassados mensalmente de forma regular e automática do Fundo Nacional de Saúde para os Fundos de Saúde dos Estados, Distrito Federal e Municípios para uma conta única e específica." (BRASIL, 2013)

Já as transferências automáticas, segundo o artigo 2º da Medida Provisória 2100-31 de 2001, dão-se da seguinte forma:

> A transferência de recursos financeiros, objetivando a execução descentralizada do PNAE, será efetivada automaticamente pela Secretaria-Executiva do FNDE, sem necessidade de convênio, ajuste, acordo ou contrato, mediante depósito em conta-corrente específica." (BRASIL, 2001)

Logo, percebe-se que a transferência fundo a fundo é regular e destinada especificamente às áreas da saúde e assistência social via *interfund* (entre fundos), ao passo que a transferência automática é o mecanismo de transferência voltada em especial para programas de auxílio a programas educacionais –o que não se confunde com as transferências constitucionais de recursos destinadas à educação- sem a regularidade como uma de suas características e sem a presença da bilateralidade de fundos, mas podendo ocorrer tão somente a transferência fundo e conta corrente específica.

A transferência fundo a fundo destina-se cofinanciamento de ações socioassistenciais, de maneira a garantir a continuidade e concretização da política implantada, seja na saúde ou assistência social, exigindo contrapartida do ente federado que recebeu o repasse da União Federal, ao passo que as transferências automáticas independem de contrapartida.

Desta forma, é possível elencar vantagens da transferência fundo a fundo diante dos demais mecanismos de transferência na legislação brasileira para fins de implantação em outros sistemas do ordenamento jurídico brasileiro, como o Sistema Nacional de Cultura, por exemplo. Tais vantagens podem ser apontadas como as seguintes:

1. Cofinanciamento, isto é, financiar algo em conjunto com outra pessoa, ou seja, financiar algo de forma compartilhada de modo que 2 ou mais pessoas (instituições) se responsabilizem pela mesma obrigação.
2. Repasses são regulares e programados.
3. Transferência *interfund*, isto é, a transferência entre fundos garante maior segurança no recebimento e no envio dos repasses atrelando tal transferência às legislações específicas dos fundos.
4. Impõe ao ente federado pactuante o cumprimento das obrigações acordadas para o recebimento dos recursos.
5. Dispensa a celebração de convênio, ajuste, acordo ou contrato.

Ainda, é possível apontar desvantagens da transferência fundo a fundo, da forma que se segue abaixo:

1. Baixo estímulo ao cumprimento das exigências para o repasse.
2. Estimula o poder de barganha entre as unidades da federação, as quais deveriam atuar de forma cooperativa conforme mandamento constitucional.
3. Complexa e vasta legislação reguladora dos fundos específicos, o que poderá ser um entrave para a efetivação dos mecanismo de transferência fundo a fundo.

CONCLUSÕES FINAIS

Como resultados da análise da experiência federativa do SUAS, foi possível analisar diversos pressupostos teóricos relevantes para a funcionalização

do sistema, dentre os quais é fulcral destacar: a adoção do regime de gestão compartilhada, no qual adotou-se o modelo de cofinanciamento e cooperação entre os entes federados de forma articulada, além do uso de índice IGD como meio de cálculo de montante para repasse de recursos e do estabelecimento de mecanismo de transferência fundo a fundo de Fundo Nacional para Fundo Estadual e Fundo Municipal, com a observância da contrapartida pelo ente federado. Já quanto aos mecanismos de transferência do SUAS, foi possível apresentar ao longo da distinção conceitual entre os mecanismos de transferência, possíveis vantagens e desvantagens à utilização do mecanismo de transferência fundo a fundo como mecanismo interfederativo de transferência de recursos, sendo possível apontar as seguintes vantagens ao mecanismo de transferência fundo a fundo: cofinanciamento, transferências *interfund*, repasses regulares e programados, obriga o ente federado ao cumprimento das obrigações acordadas para o recebimento dos recursos e dispensa celebração de convênio, ajuste acordo ou contrato; como desvantagens, observou-se as seguintes: baixo estímulo ao cumprimento das exigências para o repasse, percebeu-se ainda, que tal "corrida federativa" estimula o poder de barganha entre as unidades da federação e foi possível apontar como desvantagem a complexa e vasta legislação referente aos respectivos fundos, o que poderia funcionar como um entrave para a funcionalização do mecanismo de transferência fundo a fundo em outras experiências federativas futuras.

Além da análise das contribuições da lei 8.742/93 para a o fortalecimento do mecanismo de transferência fundo a fundo para a experiência federativa do Sistema Nacional de Cultura, foi possível ainda estabelecer um modelo teórico de esquematização dos mecanismos de transferência de recursos a partir da esparsa legislação brasileira.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. Teoria geral do Estado. Ed. Globo Livros, 1969.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1967.

BRASIL, Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

_______, Transferências de recursos, Tribunal de Contas da União, 2000.

_______, Estruturação, Institucionalização e Implementação do Sistema Nacional de Cultura, de dezembro de 2011.

_______, Portaria 1.378 de 2013, de 9 de julho de 2013.

_______, Norma Operacional Básica NOB/SUAS, de julho de 2005.

_______, Medida Provisória n° 339, de 28 de dezembro de 2006.

CHAVES, Francisco. Controle externo da gestão pública. Ed. Impetus, 2009.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. Livraria Del Rey Editora, 2010.

MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. Ed. Saraiva, 2008.

NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. Ed. GEN, 2014.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. Ed. Malheiros, 2001.

ZIMMERMANN, Augusto. Teoria geral do federalismo democrático. Ed. Lumen Juris, 2005.

FEDERALISMO

Thiago Guerreiro Bastos

INTRODUÇÃO

O federalismo é uma espécie de estado composto no qual se pressupõe a união política entre as partes, dotadas de autonomia, dentro dos limites constitucionalmente previstos. Sua instrumentalização é feita através de uma constituição que estruturará o pacto federal.

A liberdade política dentro da circunscrição estadual é o meio pelo qual os entes federativos se expressam e se singularizam, pois em um Estado federal a descentralização não pode ser mínima (administrativa), mas sim máxima (política). Se por um lado cabe a constituição federal distribuir o poder político entre os entes federados, por outro cabe a constituição estadual materializá-lo[179]. De acordo Luis Roberto Barroso, a repartição deste poder no texto *"exclui a relação de subordinação hierárquica dos órgãos locais aos do Poder Central*" (BARROSO, 1982: 25). Cristiano Franco Martins, por sua vez, afirma que a autonomia é um estágio intermediário entre a soberania existente em uma confederação e a submissão em um estado unitário na qual se expressa pela *"capacidade [do ente] de tomar decisões e de elaborar leis próprias, concretizando-as pelas suas próprias forças"* (MARTINS, 2003: 67). Os núcleos autônomos (Descentralização Administrativa e Descentralização Política *Lato Sensu*) são essenciais em uma federação.

A liberdade política dos entes não pode ser vista como um ato volitivo da União, pois caso tivesse essa natureza não seria hipótese de descentralização, mas desconcentração onde o Governo federal estaria em um patamar hierárquico superior. Não se admite a superioridade entre os entes porque estes estão em uma relação de coordenação e não de subordinação.

---

[179] A Constituição de 1988 nos Atos de Disposição Constitucionais Transitórias estabeleceu em seu art. 11 que caberia a cada Assembleia estadual redigir sua própria constitucional para inaugurar seu ordenamento jurídico dentro de sua circunscrição

A partir das premissas introdutórias elencadas, torna-se possível criticar as limitações adicionais (limites extensíveis2) impostas pelo Supremo Tribunal Federal, pois a Constituição de 1988 já delimitou a extensão da[180] autonomia ao elencar em seu texto os princípios constitucionais sensíveis, os princípios estabelecidos e as regras de preordenação (principal responsável pelo esvaziamento do poder político regional). Não sendo, portanto, razoável a criação de novos elementos limitadores à autonomia subnacional.

A FORMA FEDERAL DE ESTADO

O Estado é a exteriorização política de um povo em um determinado território cuja gama de possibilidades é bastante variável. De acordo com Augusto Zimmermann e Luis Roberto Barroso, os Estados podem ser classificados em simples ou compostos, sendo que no primeiro grupo está a forma unitária e no segundo se encontra a forma federativa e confederativa (ZIMMERMANN, 1999: 13; BARROSO, 1982: 9).

A federação adota certos níveis de descentralização existentes na confederação e inclui elementos de estrutura nacional por meio de um Governo Central típico dos Estados unitários, sendo, portanto, uma organização política que está entre essas duas formas de estado, pois se por um lado admite a pluralidade de centros políticos decisórios, por outro retira a soberania dos entes que o compõe.

A Constituição federal estrutura e reparte o poder político entre as unidades que compõem o Estado federal. A promoção do equilíbrio faz parte do jogo político interno inerente a cada federação, não havendo, desse modo, padrão ou modelo a ser seguido, mas sim experiências que almejam obter a estabilização e o pleno desenvolvimento.

[180] "(...) normas constitucionais, dirigidas à União, foram, sem previsão expressa, estendidas aos Estados pela jurisprudência do STF, sem que sequer se cogitasse no nível de asfixia à auto-organização estadual que isso implicava. Essa extensão tem se baseado no "princípio da simetria", que, conquanto sem fundamento expresso na Constituição –e, em nossa opinião, em franca desarmonia com ela-, vem sendo aplicado de forma ousada e ativista pela Corte" (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012: 331)

Traço marcante na forma federal são as constituições estaduais que materializam a autonomia dos entes infranacionais. Em razão disso, os Estados-membros podem mais do que uma divisão administrativa de um Estado unitário, mas podem menos do que um Estado-componente de uma confederação.

Ao final do século XVIII e início do XIX a forma federal fomentou intensos debates teóricos acerca da natureza jurídica do vínculo existente entre os Estados-membros e a União. De acordo com Luis Roberto Barroso, Sérgio Ferrari e Maria Helena Ferreira da Câmara, cinco teorias merecem ser destacadas: dupla soberania, nulificação, estado federal único, três entidades[181] estatais e Estados-membros não soberanos (BARROSO, 1982: 9; FERRARI, 2005: 39; CÂMARA, 1981: 29).

A **teoria da dupla soberania** foi desenvolvida no contexto do surgimento dos Estados Unidos da América. Defendia-se que os entes infranacionais e a União iriam compartilhá-la, pois não se cogitava a possibilidade de os Estados-membros deterem somente autonomia. Nesse sentido, os entes subnacionais cederiam parcela de sua soberania em prol da União, mas reteriam todo poder não delegado. Tal assertiva foi defendida por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay.

A **teoria da nulificação** foi o fundamento teórico para a guerra de secessão dos Estados Unidos (1861-1865). Em linhas gerais afirma que a União não é detentora de soberania, pois essa força política pertence aos Estados-membros. Dessa forma, a junção de Estados independentes gera novo vínculo confederativo e não federativo como se pretendia. Esta teoria tem como marco central a impossibilidade de divisão do poder soberano, rebatendo, assim, a teoria da dupla soberania. Diante desta máxima, não se admite a possibilidade da União e dos Estados-membros serem titulares da soberania, pois de acordo com a corrente arguida um deles a detém indevidamente. Logo, tendo em vista a preponderância

[181] "(...) normas constitucionais, dirigidas à União, foram, sem previsão expressa, estendidas aos Estados pela jurisprudência do STF, sem que sequer se cogitasse no nível de asfixia à auto-organização estadual que isso implicava. Essa extensão tem se baseado no "princípio da simetria", que, conquanto sem fundamento expresso na Constituição –e, em nossa opinião, em franca desarmonia com ela-, vem sendo aplicado de forma ousada e ativista pela Corte" (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012: 331)

dos entes subnacionais, deve-se concluir que este poder reside neles. Tem como principais exponenciais John Calhoun e Max Von Seydel.

A **teoria do estado federal único** salienta que a entrega da soberania em favor da União promove a junção política de Estados outrora soberanos por meio de uma constituição. O pacto federal feito pelas unidades políticas assenta a entrega da soberania à estrutura nacional. Portanto, ainda que esta resida na União, sua atuação reverbera como aspiração dos Estados-membros, pois estes participam da formação da vontade federal. Os principais defensores são Le Fur, Verdross, Kunz e Zorn.

A **teoria das três entidades estatais** tem como premissa o fim teleológico de um Estado federal que é a coordenação existente entre União e entes infranacionais na promoção do desenvolvimento e do bem-estar. Pressupõem-se que os cidadãos estão submetidos a duas ordens jurídicas (federal e regional) que são sistemas normativos parciais. A soberania cabe a ordem jurídica total ao qual Estados-membros e União estão submetidos. É essa 4 terceira entidade estatal (ordem jurídica total) que a detém e se projeta no cenário internacional. Tem como principais exponenciais Haenel, Gierke, Nawiasky e Kelsen.

A **teoria dos Estados-membros não soberanos** afirma que os entes subnacionais seriam detentores de autonomia por terem cedido sua soberania para criação do Estado federal. Por este motivo, mantem-se autônomos dentro de suas circunscrições a fim de manter a pluralidade de centros decisórios. Defendida por Laband e Jellinek por meio de um diálogo com a teoria do Estado federal único.

Atualmente parece irrelevante afirmar que os Estados-membros não são soberanos, mas é importante traçar a trajetória teórica para demonstrar que o conceito de autonomia atual foi consequência da evolução da forma federativa iniciada pelos EUA em 1787. As experiências federativas não são homogêneas, motivos pelos quais há diferentes modelos vigentes. Não existe federalismo anglo-saxão ou latino-americano, por exemplo. O que temos são experiências federativas dos EUA, Canadá, México, Brasil, Argentina, entre outros. Tal premissa, contudo, não impede a troca e influência de experiências. Objetivando reforçar essa ideia, cabe destacar trecho da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº

216[3] cujo relator foi Ministro Célio Borja. Ao longo do acórdão, o Ministro Paulo Brossard cita João Mangabeira Unger a fim de estabelecer a inexistência de um conceito ou padrão federativo global.

Joao Mangabeira já afirmou que não há padrão federativo, um padrão mundial de federação; havia federações, a federação americana era diferente da federação canadense; a federação brasileira era diferente da argentina e assim por diante. A federação americana não pode ser uma espécie de metro do irídio conservado em Paris, como padrão da décima milionésima parte do quarto do meridiano terrestre. Textualmente: (...) o regime federativo não se vasa num molde permanente. (...) a Constituição Americana não é o metro o irídio conservado em Paris, como padrão da décima milionésima parte do quarto do meridiano terrestre. A federação é uma forma de Estado; um sistema de composição de forças, interesses e objetivos, variável no tempo e espaço, e inerente e peculiar a cada povo.

Cristiano Franco Martins, de modo similar, afirma que o grau de descentralização política vertical varia entre os Estados federais. Em regra, o arranjo político interno tende a ser de primeiro grau, ou seja, há o nível federal e estadual. Mas a descentralização pode ser de segundo grau quando o Município é dotado de poder político decisório (MARTINS, 2003: 61). Ronald Watts, por sua vez, também sustenta que não existe uma forma federativa aplicável a todos os lugares de forma indistinta, pois os arranjos institucionais que promovem a distribuição de poder político entre as unidades variam de acordo com as peculiaridades locais (WATTS, 1996: 1/2).

Ainda que não se possa entender o federalismo sob um conceito ou uma categoria universal, há características essenciais que devem estar presentes para que se possa vivenciá-lo/compreendê-lo, pois são traços atrelados à pulverização do poder político no espaço territorial. Dentre os elementos possíveis, serão trabalhados os seguintes: surgimento da forma federal, atuação das unidades e autonomia.

SURGIMENTO DA FORMA FEDERAL

Entender a origem de um Estado federal é importante porque repercute no desenvolvimento da federação. José Afonso da Silva afirma que Estados que

possuem passado histórico-político de origem centralizadora tendem a gerar uma forma federal que cede menos poder político aos entes federados. Por outro lado, uma federação fruto de genuína descentralização histórica caminha para uma experiência federativa com maiores níveis de autonomia.

Os limites da repartição de poderes dependem da natureza e do tipo histórico de federação. Numas a descentralização é mais acentuada, dando-se aos Estados-membros competências mais amplas, como nos Estados Unidos da América do Norte. Noutras, a área de competência da União é mais dilatada, restando reduzido campo de atuação aos Estados, como o Brasil no regime da Constituição de 1967-69, que construiu um federalismo nominal. (...) As federações de formação centrípeta **costumam** ser mais descentralizadas e as de formação centrífuga, menos. (SILVA, 2006: 102, grifo do autor).

É relevante a distinção dos fenômenos centrípeto (força política que ruma para o centro) e centrífugo (fuga do poder política para as extremidades) pelos potenciais efeitos que geram na experiência federal. De acordo com a doutrina vigente4 o Estado federal pode surgir por aglutinação/agregação/força centrípeta ou por desaglutinação/desagregação/força centrífuga.

O federalismo aglutinador surge da agregação de Estados outrora soberanos e independentes, sendo típico movimento centrípeto no qual a força política se destina ao centro. Esta modalidade é bastante associada com a mudança da forma confederativa para federativa. O principal exemplo é o Estados Unidos que surgiu como Estado confederado, mas que se transmutou em federação com a adoção da Constituição de 1787. A mudança ensejou um rearranjo de poder político entre os entes, pois os antigos Estados soberanos passaram a ser autônomos, mas mantiveram sua “independência” dentro de suas circunscrições nos temas que não foram entregues à União. Como consequência, por exemplo, os Estados-membros mantiveram sua competência política para legislar sobre direito civil, penal e processo. Essa pluralidade legislativa é possível porque os entes infranacionais retiveram esse poder político com a ratificação da Constituição de 1787. Portanto, a autonomia estadual exige a análise conjunta da Constituição federal (que a limita) e da Constituição estadual (que a materializa). De acordo com Dalmo de Abreu Dallari,

a decisão política de aderir à federação é o último ato soberano realizado pelo antigo Estado (DALLARI, 1986: 17).

O federalismo desaglutinador surge da desagregação de uma forma unitária preexistente. É um movimento centrífugo cuja força política "foge" do centro e ruma para as "periferias". Um Estado unitário que se torna federal tem a tendência de ceder pouco poder político para os entes federativos, pois há uma predisposição para maior uniformidade jurídica. Por este motivo, Augusto Zimmermann afirma que há grande probabilidade dos Estados-membros se organizarem à imagem e semelhança da União.

Neste tipo de realidade, com os entes estaduais organizando-se cada vez mais à imagem e semelhança da União, inclusive nos detalhes mais secundários e igualmente danosos à autonomia destes entes federativos, pouco nos resta daquilo que poderíamos conceber como uma verdadeira Federação. (ZIMMERMANN, 1999: 61)

O passado histórico exerce grande influência nas formas centrípetas e centrífugas, vide as realidades federativas tão discrepantes entre o Brasil (centrífugo) e os EUA (centrípeto).

ATUAÇÃO DAS UNIDADES

Seu desempenho se exterioriza por meio da repartição das competências traçadas na Constituição federal. Estas terão natureza expressa (quando o texto constitucional enumera) ou residual (tudo aquilo que não foi previsto ou resíduo do que foi expressamente cedido) conforme argui Cristiano Franco Martins (MARTINS, 2003: 77).

A partilha das competências pode ter caráter dual/liberal ou cooperativo/intervencionista. A adoção do modo de partilhar tem íntima relação com o período econômico vigente, conforme se pôde observar a atuação dos Governos Centrais antes e depois da crise de 1929. As constituições elaboradas durante o período do liberalismo econômico adotaram, via de regra, uma rígida divisão de

competências entre os níveis de governo. Contudo, a partir da metade do século XX, a influência do estado de bem-estar social (maior intervencionismo do Estado na economia) impôs a coordenação dos poderes em vez de uma estática repartição entre os entes.

A técnica dual presente no texto de 1787 dos EUA privilegiou a autonomia regional em detrimento da União. O cientista político Morton Gordzins utilizou a expressão *layer cake federalism* ("bolo de camadas federativo") ou federalismo de camadas para simbolizar a delimitação exata do poder que caberia a cada nível de governo. A analogia feita busca reforçar a ideia de que cada camada do bolo pertence a uma unidade política, não se admitindo, portanto, a interferência da outra.

A técnica cooperativa, por outro lado, propõe uma articulação entre os níveis de governo em vez de atuações isoladas. Esta pode ser originária, fruto de mutação constitucional ou alteração formal do sistema dual. No caso dos EUA, a mutação constitucional promovida pela Suprema Corte possibilitou a interpretação expansiva da cláusula de comércio, assegurando a atuação coordenada da União com os Estados-membros (contexto do *New Deal*). No caso brasileiro, por seu turno, foi previsto de forma originária no texto constitucional de 1988, cujos artigos 23, 24 e 30, II impõem atuação conjunta. Salienta-se que a forma cooperativa propicia a preponderância da União[182]. A atuação coordenada dificulta saber com exatidão a quem cabe o exercício de determinada competência. Em relação à experiência cooperativa, Morton Gordzins utilizou o termo *marble cake federalism* ("bolo de mármore federativo") ou federalismo de mistura, pois há uma opacidade na identificação dos deveres constitucionais. A analogia com a mármore busca demonstrar a fluidez de sua aparência onde não há como determinar onde começa um ponto e termina o outro, em contraposição as camadas delimitadas da forma dual.

---

[182] De acordo com Dalmo de Abreu Dallari: "(...) desde o momento em que se estabeleceu o federalismo cooperativo estava implícita a fatalidade do crescimento do governo federal, em detrimento dos governos estaduais, pois numa relação de cooperação a parte mais forte leva vantagem. (...) ocorreu profundas mudanças, havendo hoje clara predominância do governo federal sobre os estaduais" (DALLARI, 1986: 46/47)

AUTONOMIA

É tudo aquilo que o ente subnacional retém da sua antiga soberania (modelo centrípeto) ou aquilo que obtém com a reestruturação espacial (modelo centrífugo). De acordo Luis Roberto Barroso, a repartição deste poder no texto constitucional *“exclui a relação de subordinação hierárquica dos órgãos locais aos do Poder Central*” (BARROSO, 1982: 25). Portanto, a liberdade política dos entes não pode ser vista como um ato volitivo da União, pois caso tivesse essa natureza não seria hipótese de descentralização, mas desconcentração onde o Governo federal estaria em um patamar hierárquico superior. A autonomia se desenrola em duas vertentes: Descentralização Administrativa e Descentralização Política *Lato Sensu*[183]*.*

Descentralização Administrativa (Autoadministração) é a capacidade política para gerir a própria administração estadual (bens e serviços) sem intervenção federal. No federalismo cooperativo há também a inclusão de competências administrativas de caráter comum, ocorrendo, assim, uma sobreposição onde todos os entes atuam de forma coordenada em determinado tema por força constitucional.

Descentralização Política *Lato Sensu* é constituída por núcleos autônomos: Elemento tributário (Autonomia Financeira), Elemento organizativo (auto-organização), Elemento de governo (autogoverno) e Elemento legislativo (auto legislação).

Elemento tributário é a capacidade do ente subnacional obter receitas próprias e originárias sem a intermediação ou dependência do Governo Central. É um dos principais pilares da autonomia, pois sem recurso tributário próprio os demais desdobramentos autônomos ficam prejudicados. Para que haja poder político financeiro é preciso que as receitas orçamentárias estaduais sejam suficientes para possibilitar a administração e funcionamento da máquina estadual.

---

[183] Importante informar que a classificação apresenta foi criada pelo autor, mas tem como base os conceitos tradicionais existentes na doutrina tradicional (BARROSO, 1982; ZIMMERMANN, 1999; SILVA, 2006; FERRARI, 2005; MARTIN, 2003; FERREIRA, 2012).

Elemento organizativo é a faculdade que os Estados-membros possuem de estabelecer sua estrutura e seu funcionamento, sendo, assim, o ápice do poder político estadual. Cabe frisar que a elaboração do texto regional não é ilimitada, pois sua manifestação tem origem na liberdade política estadual que é restringida pela Constituição federal, a fim de se evitar a anarquia política entre os entes que compõe a federação. Em outras palavras, a autonomia se manifesta da forma que a Constituição federal permite. Os limites estão associados à simetria mínima de cunho político-estrutural[184], quer dizer, características as quais os Estados-membros têm que seguir para manter a compatibilidade entre os governos central e regionais. Contudo, quando as imposições são excessivas e agridem o núcleo do elemento organizativo devem ser rechaçadas.

Elemento de governo é a capacidade dos cidadãos de determinado Estado-membro elegerem seus próprios representantes. Aqueles que têm domicílio eleitoral dentro das fronteiras estaduais estão aptos a escolher o Governador e os Deputados estaduais da Assembleia Legislativa. A eleição é direta e não há qualquer interferência do Poder Central nas escolhas políticas feitas pelos cidadãos.

Elemento legislativo representa a capacidade dos Estados-membros legislarem as matérias que lhes foram reservadas (expressa ou residualmente) pela constituição. É o arranjo político que evita a imposição de leis nacionais ou *one-size-fits-all*.

EXPERIMENTALISMO

O federalismo favorece que cada unidade atue como pequenos laboratórios de teste. Essa capacidade de inovação institucional retira seu fundamento da autonomia. De acordo com Brian Galle e Joseph Leahy, a experimentação democrática transforma os Estados-membros em inventores sem patentes, pois a inovação pode ser implementada pelos demais entes sem que se cobre por isso (GALLE; LEAHY, 2009: 1335). Esta vertente da liberdade política regional propicia a criação de uma base de informação no qual há relatos de erros e

---

184

acertos nos rearranjos tentados. Se inovação “A” foi mal sucedida, havendo similitudes sociais, econômicas e geográficas suficientes entre o ente que experimentou e aquele que está propício a experimentar, é provável que o ente descarte a prática *“A”* e busque uma nova tendo em vista o conhecimento prévio dos erros e falhas.

Esse cenário não se desenvolve, contudo, quando há centralização política. A lógica experimental não tem como se desenvolver em um ambiente que a restringe por força jurisprudencial.

> (...) a ampla utilização do “princípio da simetria” antes de assegurar a unidade da federação impede a criatividade, o particularismo e o desenvolvimento equânime dos estados-membros, que ficam completa e absolutamente vinculados ao Poder Constituinte central, sem que derive qualquer força normativa das constituições locais. (MARINS, 2009: 691)

O Experimentalismo Democrático evita o desgaste político de uma inovação ter que partir do modelo federal para o estadual, pois a estrutura da União tende a ser mais estática em razão de sua complexidade de âmbito nacional. Por outro lado, quando a inovação migra do local para o nacional, a União já tem uma coleta de dados mínimos de acertos e erros para adaptar a política em sua estrutura. Desse modo, os impactos na Administração tendem a ser suavizados.

A simetria como regra de extensão, cerceia a atividade criativa das Assembleias regionais. Em linhas gerais, tudo aquilo que o constituinte não pensou para a União não pode ser experimentado pelos demais entes porque o STF não permite.

O modelo consagrado pelo Supremo Tribunal Federal para rechaçar a experimentação dos Estados-membros em suas Constituições Estaduais ignora os paradigmas filosóficos que norteiam essa forma de estado. (MARINS, 2009: 709).

Portanto, não parece ser compreensível que o Supremo atue sufocando em vez de incentivar a autonomia política.

PRINCÍPIO DA SIMETRIA: ORIGEM E CONCEITO

A forma de estado federativa tem íntima relação com o regime de governo democrático, pois a descentralização de poder político em núcleos regionais necessita da soberania popular. Por isso, a primeira consequência de um regime ditatorial em um Estado federal é o sufocamento das autonomias locais e centralização política. No Brasil, a alternância dos regimes teve como principal consequência o enfraquecimento da forma federal. O golpe militar de 1964 foi institucionalmente violento, restringiu autonomias, fechou o Congresso Nacional e implementou ataques institucionais[185] ao Supremo Tribunal Federal para obter decisões favoráveis ao regime[186].

Apesar das emendas feitas à Constituição de 1946, fez-se necessário elaborar um novo texto constitucional que legitimasse o golpe. A constituinte de 1967, nas palavras de Raymundo Faoro, significou *"remendar a roupa podre com pano novo"* (FAORO, 1981, 82). Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969 alterou todo o conteúdo da Carta 1967 e endureceu o regime. Foi neste panorama político-histórico da Carta de 67/69[187] que surgiu o princípio da simetria como instrumento político de controle em um período marcado pela eleição indireta para Governador e indicação do Prefeito das capitais pelo governante estadual. Os entes perderam poder e ficaram submissos ao centro político.

Com advento da Constituição de 1988, novos ares democráticos e federativos foram implementados. Logo, qualquer prática que remeta às "rédeas curtas" do período ditatorial em relação as autonomias devem ser rechaçadas. No atual texto não há imposição de regra simétrica ou qualquer comando de extensão

---

[185] Para Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, o Poder Judiciário é o mais fraco dos três poderes, pois não possui a "espada" (poder de polícia) nem a "chave do cofre" (capacidade para aprovar orçamento). Além disso, para que suas decisões sejam acatadas necessita do aparato repressivo do Executivo e da boa vontade do Legislativo em aprovar seu orçamento anual. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003: 458)

[186] "No período do regime militar, o Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, aumentou o número de Ministros para dezesseis, acréscimo mantido pela Constituição de 24 de janeiro de 1967. Com base no Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, foram aposentados, em 16 de janeiro de 1969, três Ministros." **Supremo Tribunal Federal – Histórico.** Disponível em: **http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico.** Acessado em: 03.08.15.

[187] "Percebe-se que o sistema de 1967-69, de forma casuística, ampliou de maneira considerável as limitações ao constituinte decorrente. Note-se ainda que foram inseridas várias cláusulas gerais de preordenação (processo legislativo, elaboração orçamentária) que impuseram o modelo federal a amplas áreas de normatividade constitucional do Estado-membro. (...) Não se tem dúvida de que estes dispositivos mais que os "princípios" antes enunciados, promoveram uma total asfixia do poder dos Estados-membros de elaborarem suas próprias constituições" (FERRARI, 2003: 130/131).

da estrutura federal aos demais entes. Entretanto, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se vale da utilização de conceitos simétricos a fim de tolher a autonomia estadual. A imposição da simetria forçada e em arrepio ao atual texto constitucional, nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, geram uma *"interpretação retrospectiva da Constituição: analisa-se a nova ordem jurídica sob a ótica do regime passado, como se nada houvesse mudado"* (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012: 333).

A atuação antifederativa do STF tolhe a possibilidade de experimentação e rearranjos nas instituições regionais, pois gera a necessidade de observância do modelo existente no plano federal. Esse tipo de engessamento federativo não é institucionalmente interessante. De acordo com Leonardo Marins:

Em um país de dimensões continentais, em que cada estado possui necessidades sócio-econômicas diversas, e que há enorme variedade cultural, atribuir uma leitura centralizadora ao modelo federativo significa afastar a possibilidade do direito de reduzir as desigualdades sociais e regionais. Em que medida, portanto, a adoção do "princípio da simetria" não revela a mais absoluta insensibilidade às condições de vida das sociedades que integram a nossa federação? Mais do que isso, de onde decorre o princípio da simetria? Seria ele um verdadeiro princípio? Afinal, existe um princípio da simetria? (MARINS, 2009: 690)

Conclui-se, assim, que não há um princípio da simetria propriamente dito, pois este encobre, na verdade, valores constitucionais relevantes que não são aprofundados nas decisões, tais como divisão de poderes, princípio federativo, princípio republicano, entre outros. O que se percebe nos julgados é um desvio do ônus argumentativo e a ausência de ponderação de princípios que estão em rota de colisão. O autor assim conclui:

> (...) o "princípio da simetria" vincula absolutamente o poder constituinte dos estados, sem que haja qualquer possibilidade de sua redução pelo confronto com os outros princípios. Ou seja, nossa Corte acabou criando um princípio que não se submete a ponderação. Quando se verifica a mais remota possibilidade de conflito entre o "princípio da simetria" e alguma outra norma do ordenamento, aquele é aplicado como se regra fosse – tudo ou nada. O que se verifica, pois, é que não existe um "princípio da simetria". Na verdade, o que existe é um jargão utilizado pelo Supremo

> Tribunal Federal para englobar, de uma só vez, os diversos princípios constitucionais, porém aplicados como regra. (MARINS, 2009: 708)

Para Cristiano Franco Martins, este “princípio” não pode exceder o que foi traçado pelo constituinte originário e, impor regras destinadas à União para os demais entes a fim de restringir seu poder político legislativo e organizativo.

> O conjunto de normas constitucionais tidas como simétricas compõem o universo dos limites ao poder de auto-organização dos Estados-membros (poder constituinte decorrente), o que significa que a introdução de novas normas simétricas agride sensivelmente o núcleo material do princípio federativo. As normas constitucionais simétricas devem se apresentar de forma expressa na Constituição, o que não impede, logicamente, que se extraia de uma norma expressa consequências implícitas igualmente simétricas. Um dos maiores problemas que existe num ambiente federal é a aplicação do princípio da simetria no silêncio constitucional. O raciocínio pode ser assim resumido: Se determinada situação não foi prevista para a União, não podem os Estados-membros estabelecê-las. Admitida como válida a idéia, restaria ao Estado-membro apenas copiar o modelo previsto para a União, o que, por si só, revela o absurdo desse pensamento. (MARTINS, 2003: 121)

Marcelo Labanca Corrêa de Araújo tem similar posição acadêmica e afirma o seguinte:

> O princípio da simetria sugere que o modelo de organização dos poderes locais deve ser similar ao preconizado para os poderes federais. Assim, as estruturas básicas dos estados seriam simétricas às da União. (...) o princípio da simetria diz, por meio da interpretação de estruturas federais, o que o estado deve ou pode reproduzir. É bem verdade que aquilo que se deve reproduzir gera inversamente a obrigação de não dispor de forma diferente. (ARAÚJO, 2009: 128).

Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento criticam a simetria, mas sustentam que o Supremo Tribunal adotou uma postura de prudência (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012: 334). Ao homogeneizar os níveis de governo à luz do federal, engessou-se o poder político regional, mas também se evitou estruturas mirabolantes que viessem a favorecer àqueles que controlam o poder local, isto é, sufoca-se para garantir o bom gerenciamento da coisa pública. A crítica lançada está na substituição do zelo justificável pela utilização desregrada.

CASOS JURISPRUDENCIAIS RELEVANTES

O levantamento jurisprudencial baseou-se em ações concentradas cujo mérito ou pedido cautelar envolvessem o termo “simetria”. Sucintamente, as decisões orbitam entre a impossibilidade do Estado-membro legislar ou inovar por força do modelo da União. Os acórdãos analisados possuem debates rasos e sem grandes divergências quando deveriam ser acalorados e densos, uma vez que se está definindo e efetivando a federação.

A) Medica Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 216[188] A ação foi proposta pelo Governador do Estado da Paraíba contra os artigos 33, XVIII e 34, §2º da Constituição estadual. Esta ação é extremamente emblemática porque há discussão entre Relator e demais Ministros sobre a imposição do modelo federal em processo legislativo. O Relator Ministro Celio Borja sustentou não haver inconstitucionalidade formal ao ser provocado pelos seus pares. No debate foi arguido que somente a Constituição federal teria legitimidade para criar e implementar estruturas ou modelos porque se trata do Poder Constituinte Originário, sendo prontamente rebatido pelo Relator na seguinte sustentação: *“O constituinte estadual é limitado, só pode ir estritamente até os limites marcados pela Constituição Federal. Mas se a Constituição Federal não o obriga em certa matéria, sobre ela ele pode dispor autonomamente.”.*

O Relator indeferiu a medida cautelar, mas diante das arguições surgidas no Plenário, solicitou adiamento para aprofundar o tema ao qual não se ateve por presumir sobre a não extensão das regras de processo legislativo federal aos entes infranacionais. Em nova sessão, sustentou que os precedentes do Supremo em aplicação do processo legislativo federal ao ente estadual, estavam atrelados às Cartas de 67/69 por força do artigo 13, preceito que foi extirpado da Constituição de 1988, não subsistindo a necessidade de estendê-lo. Arguiu que os novos ares democráticos eliminaram as numerosas regras de simetria compulsória entre as ordens jurídicas da União e dos Estados-membros existentes outrora. Fundamentou que no passado o processo legislativo federal era imposto ao estadual por força única e exclusiva do antigo art. 13, III. Por fim, afirmou ser impossível embutir

188 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 216-MC, Relator: Min. Celio Borja, 23.05.1990, DJ 07.05.1993, PP-08325

processo legislativo nos princípios constitucionais sensíveis como forma republicana, regime representativo e democrático. Finaliza dizendo:

> Vê-se, assim, ter sido omitida, na Constituição em vigor, a cláusula que definia como princípio sensível a observância, pelos Estados, das regras constitucionais federais pertinentes ao processo legislativo. Desapareceu, destarte, o supedâneo dogmático da impossibilidade de modificarem as unidades federadas a disciplina da iniciativa legislativa posta na Constituição Federal. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 216-MC, Relator: Min. Celio Borja, 23.05.1990, DJ 07.05.1993, PP-08325)

O Ministro Celso de Mello, após pedido de vista, abriu a divergência. Afirmou que não poderia seguir o voto do Relator, pois apesar dos novos ares democráticos os princípios estabelecidos e extensíveis se impõem.

O Ministro Sepúlveda Pertence, por outro lado, pautou-se pela autonomia do ente federado nas linhas do voto do Relator. Sustentou que a Constituição de 1988 reestruturou a federação e expressamente retirou o termo “processo legislativo” do rol de imitação compulsória, suscitando que este dado não poderia ser ignorado. Aproveitou, ainda, para criticar a tese de princípios extensíveis suscitada pelo Ministro Celso de Mello, pois essa lógica:

> [pode] levar, se não a impor a imitação servil, total, minuciosa, do processo legislativo federal, ao menos a impor – seja, por exemplo, em homenagem ao princípio da Separação dos Poderes-, a observância de regras basilares do processo legislativo, que tenham imbricação profunda com esse ou aquele princípio fundamental da Constituição. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 216-MC, Relator: Min. Celio Borja, 23.05.1990, DJ 07.05.1993, PP-08325)

Os demais Ministros seguiram o voto divergente sem muito aprofundamento teórico ou ônus argumentativo. Por maioria de votos a cautelar foi deferida.

Comentários: Este talvez seja um dos poucos acórdãos em que há debate de fato sobre a possibilidade de se estender ou não preceitos estruturados para a União aos Estados-membros. É esse tipo de deliberação que deve existir quando se cogita cercear o poder político das unidades subnacionais. Infelizmente, a partir desse julgamento, o princípio da simetria passou a ser visto como algo natural e oriundo do texto normativo da Constituição quando não há sequer sua menção no texto constitucional. Neste jugado, suscitou-se sobre a necessidade de definir o

princípio federativo, mas enquanto o tema não fosse julgado no mérito, a posição adotada deveria ser de sufocamento das autonomias estaduais temporariamente.

B) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3644[189]

A ação proposta pela ADEPOL em face da emenda constitucional nº 35 de 2005 à Constituição do Rio de Janeiro sob a justificativa de que a criação de instituição responsável pelas perícias criminalística e médico-legal ofendiam a Constituição federal.

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - ALERJ alegou em informações que a emenda tinha como objetivo dar autonomia ao órgão responsável pela elaboração de perícias oficiais a fim de que os respectivos trabalhos fossem realizados com mais segurança e agilidade. Aduziu que não foi criado nenhum órgão integrante da estrutura administrativa criminalística e médico-legal, pois os órgãos já existiam no âmbito da administração pública estadual. O Procurador-Geral da República sustentou a existência de inconstitucionalidade em face dos artigos 25 e 61, §1º, mas reconheceu que não foi criado nenhum órgão.

O Relator sustentou que a Corte tem adotado o princípio da simetria, ou seja, cabe ao Governador em plano estadual a iniciativa de lei que disponha sobre a estruturação de órgãos da administração pública. Afirmou que a inconstitucionalidade tem origem na violação do princípio da simetria em processo legislativo. O Ministro Lewandowski frisou que a usurpação de iniciativa privativa do Executivo foi feita por meio de um *by-pass* ao se legislar por emenda constitucional. O Tribunal, por unanimidade, declarou a norma inconstitucional.

Comentários: A hipótese apresentada traz a clássica imposição do princípio da simetria sobre processo legislativo ainda que a competência da Assembleia seja oriunda da Constituição estadual. Até que ponto conceder autonomia forense pode ser enxergado como violação do princípio da separação

[189] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 3644, Rel. Min. Gilmar Mendes, 04.03.2009, DJe 10.06.2009, PP-00060.

dos poderes? Princípio que foi indicado apenas em uma única frase e sem qualquer aprofundamento sobre seu teor. Ressalta-se que o acórdão em nenhum momento promoveu o debate e o sopesamento entre separação de poderes e princípio federativo. O rechaço feito à inovação estadual atualmente está presente na Proposta de Emenda à Constituição nº 35 de 2009, que almeja dar autonomia administrativa, orçamentária e funcional aos peritos criminais ao desvinculá-los dos quadros das polícias judiciárias. Ou seja, é preciso que a União inove para se admitir alterações a nível infranacional. Por que uma emenda à constituição no plano federal pode criar a autonomia e a mesma não pode ocorrer no âmbito dos entes subnacionais? Não se justificam os excessos cometidos pelo Supremo em relação à simetria. Não há deliberação ou debate sobre o tema, pois a autonomia do ente fica em segundo plano. Estende-se o processo legislativo federal para o estadual como se houvesse norma constitucional expressa neste sentido.

C) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2461[190]

A ação proposta pelo PSL contra emenda constitucional que incluiu a cassação de parlamentar estadual por voto aberto e não mais secreto na Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Foi sustentado violação do modelo federal.

A ALERJ alegou que as constituições estaduais devem seguir e obedecer aos princípios constitucionais e não toda e qualquer norma, sob pena de afrontar-se a autonomia do ente federado. Informou que a Constituição federal positiva o princípio da publicidade, o que legitima que o processo de cassação em âmbito regional seja aberto e não secreto. O Procurador-Geral da República pediu a procedência da ação.

O Relator afirmou que a doutrina é pacífica no tocante à extensão das regras dos Deputados federais aos estaduais. Quando o texto regional estipulou que o processo de cassação de parlamentares fluminenses seria por voto aberto, acabou sendo diametralmente oposto às disposições fixadas pela Constituição federal. O Ministro Ayres Britto afirmou que o voto secreto foi opção política do constituinte, não cabendo ao Supremo questioná-lo. Invocou o caráter extensível do art. 55 sobre os

---

190 , Supremo Tribunal Federal, ADI 2461, Min. Rel. Gilmar Mendes, 12.05.2005, DJ 07.10.2005, PP-00003.

entes. Abrindo divergência, o Ministro Marco Aurélio, votou pela improcedência. Alegou que a Constituição da República tem ares democráticos que a direcionam ao voto aberto. Afirmou que o §2º do art. 55 é uma exceção à publicidade, devendo, por este motivo, ser aplicado restritivamente às hipóteses dos parlamentares federais e não extensíveis aos estaduais. Não acompanhou o voto do Relator, o também Ministro, Celso de Mello, pois entendeu como inquestionável a exigência de publicidade dos atos que se formam no âmbito do aparelho do Estado, pois a Constituição consagrou o princípio da publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucional a ser observado. Os Estados-membros estariam vinculados somente às causas autorizadoras da perda do mandato e não ao procedimento que é uma exceção criada para o artigo 55.

Por maioria de votos, entendeu-se que a inovação política do Estado do Rio de Janeiro havia violado a simetria constitucional.

Comentários: Esse é um caso extremamente interessante, pois evidencia a incoerência do Supremo diante da simetria. A Corte não se debruçou sobre o caso e sequer ponderou o princípio da publicidade com qualquer outro valor que estivesse por trás do princípio da simetria, utilizando-a, mais uma vez, como uma regra. Após a decisão do Tribunal, o voto aberto foi incluído na Constituição federal por meio de emenda. Afirma-se com veemência que, limitar os arranjos locais às mudanças na estrutura federal é totalmente descabido.

D) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 678[191]

A ação proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro contra a expressão “nem do Território Nacional por qualquer prazo” presente no art. 99, IV e art. 143, §1º da Constituição regional.

O requerente alegou violação da independência e harmonia dos poderes, pois os dispositivos impugnados previam hipótese não vislumbrada pela Constituição federal. Salientou, inclusive, que a Lei Maior somente exige autorização congressual para ausência do Chefe do Executivo quando o prazo ultrapassar

---

[191] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 678, Min. Rel. Carlos Velloso, 13.11.2002, DJ 19.12.2002 PP-00069.

quinze dias. Portanto, a inovação do constituinte derivado estadual *"entrou em rota de colisão com o protótipo republicano em matéria de princípio que é extensivo a auto-organização do Estado-membro, como tal insuscetível de discrepâncias de conteúdo"*. A ALERJ informou não ser possível sustentar ofensa à "simetria constitucional" eis que os dispositivos impugnados fazem referência ao Presidente da República, não se aplicando ao Governador por extensão. Sustentou que o Chefe do Executivo federal, distintamente do Chefe do Executivo estadual, não precisa de autorização para ausentar-se do território nacional por até quinze dias em razão de seu caráter dúplice, pois é Chefe de Governo e Chefe de Estado. O Advogado-Geral da União manifestou-se pela improcedência da ação, enquanto o Procurador-Geral opinou pela procedência do pedido.

O Relator sustentou que no plano federal há exigência de autorização do Congresso Nacional somente quando o lapso temporal exceder quinze dias. Afirmou que a jurisprudência do Supremo autoriza a extensão do modelo federal ao plano estadual por força do princípio da simetria. Por unanimidade o Tribunal julgou a ação procedente.

Comentários: De forma reiterada a Suprema Corte tem estendido normas traçadas para a União aos entes infranacionais. Neste acórdão não houve qualquer questionamento, debate ou deferências aos motivos que levaram ao Estado do Rio de Janeiro exercer seu poder político desta forma. Partindo-se da premissa de que o Governador não é Chefe de Estado, seria razoável sua ausência do território nacional por até quinze dias sem prestar esclarecimentos à Assembleia? De que modo o princípio da separação dos poderes foi afetado? Essas questões não foram abordadas por nenhum Ministro. Também não houve nenhuma provocação para ponderação entre eventuais princípios em choque.

E) Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2314[192]

A ação proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro contra norma da Constituição estadual que estabeleceu o tratamento de lei complementar para elaboração da Lei Orgânica da Polícia Civil.

---

[192] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 2314 MC, Min. Rel. Moreira Alves, 25.04.2001, DJ 08.06.2001, PP-00005

O requerente sustentou que a Constituição federal somente prescreve o termo "lei", presumindo-se seu tratamento de Lei Ordinária. Alegou que se estava violando o modelo federal por força da simetria. O Relator afirmou que a simetria gera limitação do poder constituinte regional e, que este princípio, decorre do sistema constitucional adotado. Sustentou que o processo legislativo é uma das áreas de sua atuação, não sendo admissível que o constituinte estadual estabeleça exigência não prevista no plano federal. O Tribunal por unanimidade deferiu a Medida Cautelar.

Comentários: O nível de extensão adotado pela Corte chega ao casuísmo de se impedir que o ente federado possa decidir o quórum de aprovação de uma lei estadual. Sabe-se que a Lei Complementar, por exigir maioria absoluta, impõe maior dificuldade e atenção em sua elaboração. Não há dispositivo da Constituição da República que impeça o ente de estabelecer o quórum de sua atividade legislativa. Mostra-se incoerente que o quórum federal se imponha aos entes. Situação similar ocorreu na ADI 1087-MC[193] em relação ao Estatuto dos Servidores Públicos Militares que também exigiu Lei Complementar, mas o Supremo afirmou ser a hipótese de simetria do modelo federal.

F) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 98[194]

A ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República contra os artigos 121 a 123 da Constituição de Mato Grosso que criou no âmbito da Administração Pública o Conselho Estadual de Justiça que era um órgão responsável por fiscalizar o Poder Judiciário. Entre suas funções estavam à recomendação de instauração de medidas disciplinares, apurar denúncias e exercer a fiscalização.

A Assembleia Legislativa arguiu que não se violou o texto constitucional, pois as inovações não atingiram aos princípios da Constituição federal. Salientou que o poder constituinte derivado institucionalizador é ilimitado dentro das margens elencadas, ou seja, o constituinte estadual não deve apenas adaptar o modelo federal para sua jurisdição, mas sim criar tudo aquilo que tiver harmonia com os

---

[193] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 1087 – MC, Rel. Min Moreira Alves, 01.02.1995, DJe 07.04.1995, PP-08870.

[194] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 98, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 07.08.1997, DJ 31.10.1997, PP-55539

princípios impostos pelo art. 25 da Lei Maior. Qualquer outra restrição significaria extrapolar a elasticidade hermenêutica da Constituição de 1988. O Relator julgou a ação procedente e fundamentou com base no princípio da separação de poderes. O Tribunal julgou a ação procedente por unanimidade.

Comentários: O acórdão em nenhum momento ponderou o princípio da separação dos poderes com outro de cunho federativo. Justificou que o Poder Judiciário era detentor de autonomia e que não se poderia, em nível estadual, divergir desse modelo. Apesar desse posicionamento, a emenda constitucional nº 45 criou o Conselho Nacional de Justiça que exerce controle externo do Poder Judiciário. Ou seja, mais uma vez a mudança da estrutura necessita partir da federal para a estadual, pois o Supremo tende a sufocar qualquer tentativa criacionista dos Estados-membros. O atual CNJ exerce atributos semelhantes ao Conselho Estadual de Justiça mato-grossense.

G) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 48618 [195]

A ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República questionando a validade do art. 62, §2º da Constituição do Estado do Espírito Santo no qual determinou quórum de reforma em 4/5, divergindo do patamar de 3/5 presentes no texto federal. O Advogado-Geral da União sustentou que os Estados-membros não estão sujeitos à observância compulsória do modelo federal no processo legislativo em respeito a sua descentralização política *lato sensu*.

O Relator afirmou não ser razoável a alteração do padrão federal de 3/5 (60%) para 4/5 (80%) sob pena da inovação violar o art. 60, §2º da Constituição da República. Embasou seu posicionamento no jurista Nelson de Sousa Sampaio, que sustenta a possibilidade de agravamento do quórum federal, mas não admitindo o mesmo no âmbito estadual. O Ministro Mauricio Corrêa afirmou que não cabe aos Estados-membros divergir do parâmetro federal sob pena de balbúrdia federativa onde cada unidade seguiria um quórum diferenciado. De forma unânime o Supremo julgou procedente a ação.

---

[195] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 486, Relator: Min. Celso de Mello, 03.04.1997, DJ 10.11.2006, PP-00048.

Comentários: De forma refratária o Supremo traça parâmetros rígidos que devem ser observados pelos Estados-membros. Não se questiona a existência de princípios implícitos que impeçam a flexibilização do processo de reforma, mas uma vez respeitado o patamar mínimo de 60%, não se vislumbra argumento sob o viés federal que impossibilite o ente subnacional de adotar quórum diferenciado. O direito de divergência estadual não gera balbúrdia federativa, eis que a diversidade é elemento essencial desta forma de estado. Tendo em vista a postura pouco deferente do STF aos entes federados, não se espanta que nenhum Ministro, ainda que alinhado à simetria, tenha feito um aparte à forma pejorativa utilizada pelo Ministro Maurício Corrêa sobre a federação brasileira. No acórdão não há nenhum debate ou demonstração de quais princípios estariam em choque e por qual motivo prevaleceu a norma da União de forma extensiva.

H) Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1722[196]

A ação foi proposta pelo PMDB contra o art. 26, §5º da Constituição do Estado de Tocantins que estabeleceu a possibilidade de Revisão Constitucional estadual a cada cinco anos mediante proposta de 1/3 dos membros da Assembleia.

O Relator sustentou que a implementação da revisão constitucional quinquenal flexibilizaria a Constituição estadual. O Ministro Maurício Corrêa sustentou que não caberia ao Estado-membro criar revisão estadual, pois a revisão federal foi pensada para compatibilizar eventuais mudanças do plebiscito previsto no Art. 3º do ADCT. Logo, além de não haver sentido para a adoção de revisão, não se pode permitir a flexibilização do texto regional. De forma unânime o Supremo julgou a ação procedente.

Comentários: Este é um caso que foi tratado sob a capa da simetria, mas que poderia ter sido analisado à luz de princípios implícitos do art. 60 da Constituição da República. O pacto federal é um texto rígido, pois seu processo de alteração é mais complexo do que aquele imposto para o processo ordinário. Tendo em vista o fim teleológico da revisão constitucional no ordenamento brasileiro, não se vislumbra a possibilidade de nova utilização. Além disso, diante do limite mínimo

[196] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 1722-MC, Relator: Min. Marco Aurélio, 10.12.1997, DJ 19.09.2003, PP-00014.

de reforma constitucional em 3/5 (60%), não se poderia admitir que o texto estadual fosse alterado por maioria absoluta em vez de um quórum qualificado. Portanto, é natural e esperado que nestes casos a autonomia estadual ceda por força de princípios constitucionais e não pela suposta simetria.

I) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3619[197]

A ação foi proposta pelo PT contra a Constituição do Estado de São Paulo e do Regimento Interno da Assembleia Legislativa por ter criado novo requisito para instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI estadual ao exigir a necessidade de aprovação pelo plenário.

O Relator sustentou que a CPI é um direito de minoria criado, cujas diretrizes devem se estender aos Estados-membros, assim sendo, o mero requerimento de 1/3 dos Deputados é suficiente para instaurá-la sem qualquer tipo de referendo posterior. Salientou que admitir a inovação da ALESP inviabilizaria o exercício de um direito de minoria. Logo, o art. 58 se estende para o plano estadual. Os demais Ministros seguiram o voto do relator e lembraram que se estava diante do princípio da simetria.

Comentários: Apesar da arguição feita ao princípio da simetria, na verdade se está diante do princípio de minoria assegurado pela Constituição da República que não admite obstaculização. Portanto, o art. 58 não se estende por força da simetria, mas sim porque os Estados-membros precisam respeitar o princípio da minoria inerente às Comissões Parlamentares de Inquérito.

K) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3046[198]

A ação foi proposta pelo Governador do Estado de São Paulo contra a Lei Estadual 10.869/01 que deu poderes aos Deputados estaduais de fiscalizar individualmente o Executivo. Foi arguido a violação ao princípio da separação dos poderes e violação direta aos artigos 49, X e 50 da Constituição federal.

---

[197] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 3619, Relator: Min. Eros Grau, 01.08.2006, DJ 20.04.2007, PP-00078.

[198] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 3046, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15.042004, DJ 28.05.2004, PP-00492

Em informações prestadas pela ALESP, suscitou-se que o art. 50 se destina ao Poder Legislativo da União, não havendo qualquer viés extensível ou de preordenação. O Advogado-Geral da União afirmou que as hipóteses de fiscalização são destinadas únicas e exclusivamente ao plano federal, motivo pelo qual a autonomia organizativa dos entes deveria prevalecer. O Procurador-Geral, em suas manifestações, salientou que o diploma estadual se afastou das premissas e parâmetros federais.

O Relator iniciou seu voto afirmando que não se deve fulminar toda e qualquer norma local que ouse ir além da simples paráfrase da Constituição da República, mostrando-se cético e contrário ao princípio da simetria. No entanto, o caso em análise está diante de um princípio central que é a separação dos poderes. Permitir que cada Deputado individualmente tenha poderes para investigar e controlar o Executivo cria um controle não previsto e que gera desequilíbrio. O Ministro Ayres Britto sustentou que a Constituição federal adotou o princípio da coletividade quando se trata de fiscalização. Por este motivo, cabe aos Estados-membros segui-lo. Por unanimidade se votou pela procedência da ação.

Comentários: Este acórdão esclarece o motivo pelo qual a inovação estadual foi rechaçada. Este tipo de postura é importante e tem que ser o padrão nos julgados que envolvam temas federativos atrelados ao exercício da autonomia. Debruçou-se sobre questões como equilíbrio federativo e princípio da coletividade. Ou seja, a restrição da autonomia estadual não foi fruto de interpretação extensiva, mas de comandos principiológicos existentes na Constituição federal.

L) Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4298[199]

A ação foi proposta pelo PSDB contra Lei do Estado de Tocantins que regulamentou a hipótese dupla vacância nos dois últimos anos de mandato de Governador e Vice. Sustentou o requerente que a lei afrontou o art. 81, §1º da Constituição federal, pois não caberia a Assembleia Legislativa legislar sobre eleição indireta, mas sim à União.

---

[199] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4298-MC, Rel: Ministro Cezar Peluso, 07.10.2009, DJe 26.11.2009, PP-00093

O Relator iniciou seu voto questionando criticamente sobre a tendência de se impor o princípio da simetria em relação ao art. 81, §1º da Constituição federal. Alegou que sua utilização excessiva desnatura a federação.

> Vinculação larga ou excessivamente rígida do poder constituinte e da competência legislativa estaduais a ditames da organização federal inscritos na Constituição da República podem desvirtuar a Federação brasileira (...) reduzindo ou aniquilando a autonomia essencial dos Estados-membros.”. Sustenta ainda que “A invocação da regra da simetria não pode, em síntese, ser produto de uma decisão arbitrária ou imotivada do intérprete.

Em seu voto, concluiu que o art. 81, §1º não é norma de reprodução obrigatória e/ou de imposição simétrica. Em caso de dupla vacância de Governador e Vice, caberia apenas ao ente subnacional, diante de sua escolha jurídico-política, optar pelo modo de eleição tendo como fundamento a constituição estadual. Sustentou que a lei federal que regulamenta o art. 81, §1º se restringe à União, cabendo, por questão lógica, aos Estados-membros criarem as suas. Por fim, ressalvou que as condições de elegibilidade do art. 14 da Constituição federal se impõe por força do princípio democrático. O Tribunal de forma unânime votou pela improcedência da ação.

Comentários: Reconhecer a liberdade política do ente subnacional em materializar o instituto da dupla vacância fortalece a autonomia do Estado-membro. Este julgado evidencia que é possível combinar autonomia com respeito aos princípios constitucionais. O Tribunal poderia facilmente ter se valido da regra de extensão e utilizar o princípio da simetria por ser uma saída mais “fácil”. No entanto, após debater o assunto, admitiu o exercício político do ente federado, desde que este respeitasse os princípios democráticos no tocante à elegibilidade daqueles que serão eleitos indiretamente para assumir os cargos vacantes.

M) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 227[200]

A ação proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro contra dispositivo da Constituição estadual no qual afirmou que o princípio da iniciativa reservada implica limitação ao poder do Estado-Membro de criar ou revisar sua Constituição. O tema tratado nos autos versou sobre a possibilidade de servidor

[200] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 227, Rel. Min. Mauricio Correa, 19.11.1997, DJ 18.05.2001, PP-00429.

público estadual, civil ou militar transformar sua licença especial e férias em pecúnia indenizatória. De acordo com o Governador, houve ofensa ao art. 61, §1º, II, *a* e 169 da Constituição federal, assim como o art. 38 do ADCT.

A ALERJ afirmou que a transformação do benefício em pecúnia indenizatória não acarreta aumento de remuneração.

O voto do Relator seguiu a orientação da Corte em relação à simetria imposta em iniciativa de certos projetos de lei. Afirmou também:

> (...) este Plenário declarou que a iniciativa de projetos de lei que disponham sobre servidores públicos, provimento de cargos públicos e aposentadoria de funcionários civis e reforma e transferência de militares para a inatividade é, no âmbito estadual, do Governador do Estado, acentuado ser insubsistente a alegação de não se tratar de lei, mas de modificações introduzidas no próprio texto constitucional, o que tornaria a salva a observância da obrigatoriedade de partir a iniciativa do executivo, porque, a considerar-se diferentemente, poderia o legislador, ao invés de observar que a referida matéria é regulada por lei ordinária de exclusiva iniciativa do Poder Executivo, contornar tal dificuldade inserindo as disposições que pretendesse no próprio texto constitucional, de modo a burlar dispositivo inserto na Constituição Federal.

O Ministro Néri da Silveira ressalvou o seguinte:

> Acompanho o eminente Ministro-Relator, em face da jurisprudência que já se constituiu no Tribunal a respeito da matéria. Mas, ainda uma vez, permito-me ressalvar meu ponto de vista. Creio que, nessa linha de jurisprudência, estamos cada vez limitando mais a autonomia, essa visão de autonomia dos Estados-membros, porque não se lhes deixa faixa alguma de autonomia para dispor. (...) Então, por que entendermos que na Constituição não pode ser inserida essa norma, se há uma faixa de autonomia quanto à matéria estatutária estadual dispondo sobre vantagens dos seus servidores? (...) Ressalvo o meu ponto de vista para acentuar, ainda uma vez, essa linha da nossa jurisprudência, que entendo demasiadamente restritiva, da autonomia dos estados dentro do sistema federativo.

O Tribunal julgou a ação procedente por unanimidade.

Comentários: Neste julgado a utilização do princípio da simetria eclipsou outras nuances importantes que deveriam ter sido debatidas. O caso narrado evidencia que a Assembleia impôs despesa econômica ao Executivo ao assegurar um direito sem prever o orçamento. Não é caso de simetria de processo legislativo, mas de flagrante violação da separação dos poderes.

N) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 792[201]

A ação foi proposta pelo PDT contra a expressão “permitida a reeleição” presente na Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Segundo o partido, por mais que o Estado-membro seja autônomo, ao exercer seu poder constituinte derivado, deve obedecer aos princípios da Constituição federal. Alegou que a violação do princípio da simetria em face do artigo 57, §4º da Lei Maior deve ser rechaçada pelo Judiciário.

A ALERJ informou que a constitucionalização das normas internas de organização e funcionamento do Congresso Nacional não concede *status* de princípio constitucional, não podendo ser impostas aos Estados-membros.

De acordo com o Relator, a norma afrontada é uma norma regimental constitucionalizada que não se estende. O Tribunal julgou a ação improcedente.

Comentários: Diante da constante deferência do Supremo ao princípio da simetria, este julgado se mostra como uma exceção. De fato, não havia nenhum princípio a ser estendido para impor o mesmo procedimento nos entes subnacionais. Em uma federação é natural que cada unidade expresse sua autonomia dentro das delimitações previstas no Pacto Federal. Esse é o comportamento ideal de um Tribunal apazigua conflitos federativos.

CONCLUSÃO

Ainda que a Constituição de 1988 tenha objetivado resgatar o federalismo com afinco, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal faz uma interpretação retrospectiva do texto de 1967/69 e impõe normas extensíveis não previstas pelo constituinte originário. A postura antifederativa não se mostra condizente com a ideia de um Tribunal que deve resolver conflitos federativos. A imposição da visão federal sobre as unidades agride de forma sensível o pacto federativo. De forma forçada o STF pós-88 tem imposto rédeas curtas à federação brasileira, impedindo aquilo que lhe é mais caro: sua pluralidade.

---

[201] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 792, Min. Rel. Moreira Alves, 26.05.1997, DJ 20.04.1997, PP-00104.

O trabalho buscou demonstrar que os Ministros não possuem uma postura linear, salvo exceções, sobre a forma de aplicação do princípio da simetria. Invocam-na em alguns casos e rechaçam em outros sem qualquer técnica ou parâmetro a ser seguidos nos casos supervenientes. Destaca-se ainda a utilização do jargão "princípio da simetria" para encobertar e abortar qualquer debate mais aprofundado que rediscuta as fronteiras da descentralização política *lato sensu.* Criticou-se o sufocamento das autonomias locais ao ponto de obstaculizar as inovações institucionais. Oportunamente, demonstrou-se Emendas e Propostas de Emendas à Constituição que superaram ou iniciaram o debate para criar no modelo federal aquilo que o STF fulminou nos âmbitos regionais (Ação Diretas nº 3644, 2461 e 98). A postura ortodoxa da Suprema Corte brecou o fomento institucional federativo de baixo para cima via experimentalismo. Além disso, nos demais casos, alertou-se para o raso debate ocorrido nos plenários quando se trata de discutir a autonomia dos entes infranacionais. Tentou-se também demonstrar que o STF utiliza o "princípio da simetria" como se fosse regra constitucional, pois uma vez suscitado no Plenário prevalece e não mais se debate.

Por fim, prega-se que a postura esperada do STF é a "não-simetria das formas"; a simetria é a exceção aplicável após profundo processo de ponderação entre princípios constitucionais em conflito. A restrição da autonomia deve ser a última e não a primeira opção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Os Barões da Federação: Os Governadores e a Redemocratização Brasileira. São Paulo: HUCITEC, 1998.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. Jurisdição Constitucional e Federação: O Princípio da Simetria na Jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Brasileiro: O Problema da Federação. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A Quem Cabe a Última Palavra Sobre o Sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumem, 2012.

CAMARA, Maria Helena Ferreira da. O Conceito Moderno de Federação. Revista de informação legislativa, v. 18, n. 71, p. 23-42, jul./set. 1981.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Estado Federal. São Paulo: Ática, 1986.

DORF, Michael C; SABEL, Charles F. A Constitution of Democratic Experimentalism. Cornell Lae Faculty Publication, Columbia Law Review, Vol. 8, March 1998, nº 2. Disponível em: http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/120/. Acessado em: 15.08.2015.

FAORO, Raymundo. Assembléia Constituinte: a legitimidade recuperada. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1981. 30

FERNANDES, Eric Baracho Dore. O Princípio Federativo na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: O Difícil Equilíbrio entre Federalismo e Soberania Popular. Organizadoras: XIMENES, Julia Maurmann; BARROS, Janete. **Federalismo e Democracia Participativa**. Brasília, IDP, 2012, pp. 168-193.

FERRARI, Sérgio. **Constituição Estadual e Federação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. **Federalismo Constitucional e Reforma Federativa: Poder Local e Cidade-Estado.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GALLE, Brian; LEAHY, Joseph K. Laboratories of Democracy? Policy Innovation in Decentralized Governments. **Emory Law Journal n. 58.6,** 2009, p. 1335. Disponível em: http://works.bepress.com/brian_galle/8. Acessado em: 12.08.2015.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

MARINS, Leonardo. Limites ao Princípio da Simetria Constitucional. Coordenadores: SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo. **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional: Limites e Possibilidades na Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo.*** *São Paulo:* Malheiros, 2006.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

WATTS, Ronald L., **Comparing Federal Systems in the 1990s**, Ontario: Queen’s University, 1996.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social e discurso sobre economia política**. 7ª edição. São Paulo: Hemus Editora Limitada, 1999.
SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.
SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.
SOUZA NETO, Claúdio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

excluídos de apreciação judicial os atos praticados com fundamento no presente Ato Institucional e nos atos complementares dele" - AI-3 (art. 6º), AI-5 (art. 11), AI-6 (art. 4º), AI-7 (art. 9º), AI-11 (art. 7º), AI-12 (art. 5º), AI-13 (art. 2º), AI-14 (art. 3º), AI-15 (art. 4º), AI-16 (art. 8º) e AI-17 (art. 4º).
Outra previsão disposta no AI-1 também se referiu aos direitos fundamentais. Dispões o art. 8º que "os inquéritos e processos visando a apuração da responsabilidade pela prática de crime contra o Estado e o seu patrimônio e a ordem política e social ou de atos de guerra revolucionária poderão ser instaurados individual ou coletivamente". Nos demais, não foram feitas indicações sobre essa possibilidade de instauração de inquéritos e processos.
O art. 12 do AI-2, que altera o §5º da Constituição de 1946, que trata da manifestação do pensamento, incluiu a alínea "não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de subversão, da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe".
O AI-5, talvez o mais repressor de todos os atos, decretou ainda duas disposições relevantes. A primeira é sobre a decretação, pelo Presidente da República, de "confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis". Nos demais, não foram feitas indicações sobre essa possibilidade de confisco de bens.
A segunda é sobre a suspensão "(d)a garantia do *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular". Nos demais, não foram feitas indicações sobre a suspensão do *habeas corpus*.
Portanto, feitas todas as análises de restrições a direitos e garantias fundamentais presentes nos Atos Institucionais, no próximo capítulo será feita uma comparação entre estas e aquelas derivadas da Constituições. O objetivo é saber se há alguma correlação entre as modificações existentes tanto na Constituições quanto nos Atos Institucionais e de que forma estas alterações se deram.

4. O PAPEL DOS ATOS INSTITUCIONAIS NA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DURANTE O PERÍODO DE DITADURA MILITAR

Na primeira etapa da pesquisa, foi concluído que algumas aberturas presentes em direitos dentro do rol de proteções e garantias fundamentais das Constituições de 1967 e 1969 poderiam dar (ou exponenciar) poderes discricionários (e talvez arbitrários) em desfavor dos cidadãos. Na segunda parte deste trabalho foi concluído que os Atos Institucionais também tiveram dispositivos editados no intuito de restringir as garantias e direitos fundamentais dos cidadãos. De forma resumida, as conclusões foram as seguintes.

ALTERAÇÕES CONSTITUIÇÕES	**ALTERAÇÕES ATOS INSTITUCIONAIS**
Ninguém pode penetrar nela (**casa**) (...) a não ser em caso de crime ou desastre (...) e na forma que a lei estabelecer	
Não há censura para o **pensamento, convicção política ou filosófica e prestação de informação** salvo quanto a diversões e espetáculos públicos[12], (...). Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes[13].	**Não será, porém, tolerada** propaganda de guerra, de subversão, da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe (AI-2, art. 12).

É plena a **liberdade de consciência** e fica assegurado aos **crentes** o exercício dos **cultos religiosos**, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes

Todos podem **reunir**-se sem armas, não intervindo a autoridade senão para manter a ordem.

Não haverá **pena de morte**, de **prisão perpétua**, de **banimento**, nem de **confisco**, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar[14]. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública, cargo

Confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. (AI-5, art. 8º).

Os **inquéritos e processos** visando a apuração da responsabilidade pela prática de crime contra o Estado e o seu patrimônio e a ordem política e social ou de atos de guerra revolucionária poderão ser instaurados individual ou coletivamente (AI-1, art. 8º).